ЛЕКЦІИ

ПО

РУССКОМУ УГОЛОВНОМУ ПРАВУ,

ЧИТАННЫЯ

Н. С. Таганцевымъ,

Tagantsev, N. S.

сенаторомъ, докторомъ уголовнаго права, почетнымъ членомъ университетовъ С.-Петербургскаго и Св. Владиміра.

ЧАСТЬ ОБЩАЯ.

ВЫПУСКЪ II.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
1888.

Въ Государственной Типографіи.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Ученіе о юридической конструкціи преступнаго дѣянія.

§ 1. Составъ преступнаго дѣянія.

§ 2. Виновникъ преступнаго дѣянія.

стр.

стр.

§ 3. Объектъ преступнаго дѣянія.

§ 4. Преступное дѣяніе.

ОТДѢЛЪ I.

Виновность.

ОТДѢЛЪ II.

Преступная дѣятельность.

I.

Условія преступной дѣятельности.

II.

Развитіе преступной дѣятельности.

III.

Соучастіе.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Ученіе о юридической конструкціи преступнаго дѣянія.

§ 1. Составъ преступнаго дѣянія.

320. Понятіе о составѣ преступнаго дѣянія.
321. Общій и особенный составъ.
322. Элементы преступнаго дѣянія.

320. Преступное дѣяніе, какъ посягательство на норму права въ ея реальномъ бытіи, на правоохраненный интересъ, является извѣстнымъ жизненнымъ отношеніемъ между посягающимъ и предметомъ посягательства.

Какъ жизненное отношеніе, преступное дѣяніе заключаетъ въ себѣ своеобразныя черты, или признаки, на основаніи коихъ оно входитъ въ группу юридическихъ отношеній, и, притомъ, занимаетъ въ этой группѣ самостоятельное мѣсто, какъ уголовно-наказуемая неправда. Совокупность этихъ характеристическихъ признаковъ въ наукѣ уголовнаго права называютъ составомъ преступнаго дѣянія (corpus delicti, Thatbestand, corps de délit) (1).

321. Далѣе, такъ какъ всякое преступное дѣяніе можетъ быть разсматриваемо или въ его родовомъ, или въ его видовомъ понятіи, то, сообразно съ этимъ, различаютъ общій и особенный или видо-

---

(1) Первоначально выраженіе corpus delicti имѣло иное—процессуальное значеніе; такъ, въ XVI и XVII столѣтіяхъ подъ нимъ понимали всѣ тѣ слѣды, которые оставляетъ преступное дѣяніе во внѣшнемъ мірѣ, поличное, какъ напр., трупъ убитаго, орудіе убійства, слѣды крови и т. п. Только въ концѣ XVIII столѣтія въ нѣмецкой литературѣ понятіе corpus delicti переносится въ уголовное матеріальное право, причемъ въ опредѣленіи этого понятія долго проявляется его процессуальное происхожденіе.—Ср. указанія на измѣненіе понятія о corpus delicti въ моемъ курсѣ, I, № 2 и сл.

вый составъ преступнаго дѣянія: сумма признаковъ, при наличности коихъ извѣстное дѣяніе признается преступнымъ и наказуемымъ, будетъ общимъ составомъ, сумма признаковъ, при наличности коихъ преступное дѣяніе признается убійствомъ, кражею или, еще специальнѣе, кражею со взломомъ, убійствомъ по согласію и т. д. будетъ особымъ составомъ ([1]). Конечно, въ общей части курса я буду изслѣдовать только ученіе объ общемъ составѣ преступнаго дѣянія, включая сюда всѣ элементы дѣянія съ ихъ возможными оттѣнками и видоизмѣненіями ([2]).

322. Существенные признаки преступнаго дѣянія, какъ и всякаго юридическаго отношенія, могутъ быть сведены къ тремъ группамъ: 1) лицо дѣйствующее—виновникъ преступнаго дѣянія; 2) то, на что направляется дѣйствіе виновнаго—объектъ или предметъ преступнаго посягательства, и 3) самое преступное посягательство, разсматриваемое съ внутренней и внѣшней его стороны. Сообразно этому дѣленію, распредѣляется и содержаніе настоящей главы.

§ 2. Виновникъ преступнаго дѣянія.

323. Животное, какъ виновникъ преступнаго дѣянія.

324. Юридическое лицо, какъ виновникъ преступнаго дѣянія.

325. Уголовно-политическія основанія уголовной безотвѣтственности лицъ юридическихъ.

326. Правовыя основанія уголовной безотвѣтственности лицъ юридическихъ.

([1]) Въ руководствахъ и учебникахъ по уголовному праву встрѣчаются и другія дѣленія состава преступнаго дѣянія. Такъ, различаютъ существенные признаки (essentialia seu substantialia), безъ которыхъ преступное дѣяніе не мыслимо, и не существенные; послѣдніе подраздѣляютъ еще на обыкновенные (naturalia), которые имѣетъ въ виду законодатель, установляя наказаніе за данное дѣяніе, и случайные (accidentalia), которые, встрѣчаясь въ преступномъ дѣяніи, усиливаютъ или ослабляютъ его наказуемость. Но это дѣленіе, заимствованное изъ ученія гражданскаго права объ юридическихъ дѣйствіяхъ, имѣетъ значеніе только въ особенной части, при систематизаціи преступныхъ дѣяній. Еще менѣе значенія представляетъ дѣленіе состава на объективный, относящійся къ внѣшней сторонѣ дѣянія, и субъективный, охватывающій условія виновности, такъ какъ понятно, что обѣ группы условій только въ ихъ совокупности образуютъ составъ преступнаго дѣянія.

([2]) Liszt, § 23, называетъ самые признаки—Begriffmerkmalen des Verbrechens, а ихъ видоизмѣненія и оттѣнки—Erscheinungsformen des Verbrechens.

323. Какъ юридическое отношеніе, выражающееся въ посягательствѣ на правоохраненный интересъ, преступное дѣяніе можетъ быть учиняемо только лицомъ; вредъ, причиняемый различнымъ интересамъ, частнымъ или общественнымъ, животными, также какъ и бѣдствія, создаваемыя силами природы, могутъ иногда вызывать разнообразныя предупредительно-охранительныя мѣры со стороны государства или частныхъ лицъ; но эти мѣры не имѣютъ ничего общаго съ карательною дѣятельностью государства.

Иначе относилось къ этому вопросу уголовное право не только древняго міра, но и среднихъ вѣковъ: процессы противъ животныхъ занесены въ лѣтописи какъ свѣтскихъ, такъ и духовныхъ судовъ, причемъ въ дѣлахъ этого рода соблюдались всѣ правила и формальности средневѣковаго процесса (1).

Такъ, въ судахъ свѣтскихъ XIV и XV столѣтій нерѣдко встрѣчались случаи преслѣдованія животныхъ, причинившихъ смерть человѣку, въ особенности быковъ и свиней, платившихъ своею жизнью, преимущественно чрезъ повѣшеніе, за свою ярость; причемъ главною основою подобныхъ приговоровъ служило каноническое право, постановленіе 21-й главы Исхода, по которому быка,

---

(1) E. Agnel, procès contre les animaux, 1859 г.; A. Mangin, l'homme et la bête, 1872 г.; A. Sorel, procès contre les animaux et insectes, suivis au moyen âge dans la Picardie et le Valois, 1877 г.; другія литературныя указанія см. въ моемъ курсѣ, I, № 6 и сл. Въ недавнее время вопросъ о преступности у животныхъ затронутъ въ трудахъ новой антропологической школы, ср. напр.: Lacassagne, la criminalité chez les animaux, въ Revue scientifique 1882 г., гл. XXIX.

убившаго человѣка, повелѣвалось побить каменьями, а мясо его почиталось нечистымъ ([1]).

Къ компетенціи судовъ духовныхъ принадлежала, главнымъ образомъ, другая группа случаевъ, когда животное являлось источникомъ общественныхъ бѣдствій: таковы процессы противъ насѣкомыхъ и животныхъ, истреблявшихъ посѣвы, жатвы, виноградники. Испуганное населеніе, въ виду грозящаго зла, прибѣгало къ духовенству, а то, не ограничиваясь молитвами объ отвращеніи или прекращеніи бѣдствія, устраивало формальныя судбища противъ нарушителей мира; особенно многочисленны были такіе процессы въ странахъ католическихъ. Наказанія въ этомъ случаѣ имѣли, конечно, характеръ не матеріальный: виновнымъ повелѣвалось оставить мѣстность, назначалось отлученіе и анаѳема ихъ и т. д. ([2]).

Къ третьей группѣ относились процессы, въ которыхъ животное являлось не столько виновникомъ, сколько соучастникомъ, и притомъ пассивнымъ, таковы, процессы о скотоложствѣ. Еще въ книгѣ Левитъ (глава XX, стихъ 15) повелѣвалось вмѣстѣ съ скотоложниками умерщвлять и оскотоложественныхъ животныхъ; и это начало, перейдя въ свѣтское законодательство, сохранилось до позднѣйшаго времени. Такъ, во Франціи, до половины XVIII сто-

---

(1) Обвиняемое животное иногда даже подвергалось предварительному заключенію при тюрьмѣ (Agnel, стр. 7), а Mangin (стр. 344) разсказываетъ, что ихъ иногда подвергали пыткѣ и крики, издаваемые ими, принимались за сознаніе; судъ часто мотивировалъ свои приговоры: такъ, въ 1405 г., быкъ былъ приговоренъ къ повѣшенію «pour ses démérites», а въ 1499 г.—также былъ повѣшенъ быкъ «pour sa furiosité»; въ 1474 году, въ городѣ Базелѣ, былъ приговоренъ къ сожженію пѣтухъ за то, что онъ снесъ яйцо и такимъ образомъ вошелъ въ союзъ съ дьяволомъ. Во время казни, животныхъ иногда одѣвали въ человѣческое платье. Послѣдній процессъ этого рода у Agnel приведенъ отъ 20 мая 1572 г.

(2) Процессы этого рода встрѣчаются и въ XVIII столѣтіи; такъ, Sorel (стр. 22) цитируетъ, какъ послѣдній примѣръ, процессъ противъ крысъ и мышей 1710 г. въ нынѣшнемъ департаментѣ Côte d'Or. У Agnel приведены извлеченія изъ спеціальнаго сочиненія доктора обоихъ правъ Шассанеуса, de excommunicatione insectorum, 1588 г., въ коемъ подробно излагался порядокъ процессовъ этого рода. Въ памятникахъ нашего права не встрѣчается случаевъ суда надъ животными, ни въ духовныхъ, ни въ свѣтскихъ судахъ; пр. Сергѣевскій (стр. 89) приводитъ только случай казни при Михаилѣ Ѳедоровичѣ обезьяны, забѣжавшей въ церковь и произведшей тамъ безпорядокъ; но обезьяна была казнена безъ суда, прямо по приказанію патріарха.

лѣтія, животныя, въ случаяхъ этого рода, подвергались даже сожженію; прусское земское право 1795 года опредѣляло, что такихъ животныхъ нужно убивать или изгонять изъ страны (¹).

324. Такимъ образомъ, виновникомъ преступнаго дѣянія можетъ быть только лицо. Но въ области права понятіе «лица» распространяется не только на лицъ физическихъ, но и на такъ называемыхъ лицъ юридическихъ, которыми признаются: во 1-хъ, единенія лицъ физическихъ, разсматриваемыя какъ идеальное цѣлое, какъ единичная личность (universitates personarum), и, во 2-хъ, отдѣльные интересы и цѣли, которымъ придается самостоятельное юридическое значеніе, самостоятельная личность (universitates bonorum, pia corpora); однимъ словомъ,—все то, что, не будучи лицемъ физическимъ, способно находиться въ юридическихъ отношеніяхъ, имѣть права и обязанности. Но могутъ ли юридическія лица быть виновниками преступнаго дѣянія, могутъ ли они за учиненное отвѣчать въ уголовномъ порядкѣ (²)?

Вопросъ этотъ и въ наукѣ, и въ практикѣ, по крайней мѣрѣ современной, разрѣшается, за немногими изъятіями, (³) отрицательно и притомъ по соображеніямъ какъ уголовной политики, такъ и права.

325. Въ первомъ отношеніи указываютъ на то, что признаніе принципа отвѣтственности юридическихъ лицъ вноситъ крайній

(¹) У насъ по этому вопросу въ мнѣніи Государственнаго Совѣта, отъ 29 Февраля 1864 г., повторено постановленіе 1848 г., опредѣляющее оскотоложественныхъ животныхъ убивать и зарывать въ землю по правиламъ о зараженныхъ животныхъ, а хозяина убитаго животнаго вознаграждать за вредъ и убытки по общимъ правиламъ.

(²) Ср. Savigny, System des heutigen römichen Rechts, II, § 94; E. Zitelmann, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen, 1873 г. Спеціальная монографія Ziegler, die Verbrechensunfähigkeit juristischer Personen, 1852 г., разсматриваетъ этотъ вопросъ только по римскому праву; А. Пестржецкій, объ отвѣтственности обществъ за преступленія — въ журн. мин. юстиціи за 1866 г., № 6. Болѣе подробныя указанія на литературу см. въ моемъ курсѣ, I, № 8 и сл.

(³) Изъ старыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ за отвѣтственность юридическихъ лицъ высказались Грольманъ, Бауеръ, Титманъ, а изъ новыхъ—Liszt, § 27; также въ защиту отвѣтственности—Dahn, Vernunft im Recht, стр. 168.

*

произволъ и неопредѣленность въ установленіе объема и условій этой наказуемости: во 1-хъ, защитники этого начала должны примѣнять его не ко всѣмъ категоріямъ этихъ лицъ, а только къ корпораціямъ, такъ какъ нельзя себѣ и представить уголовнаго преслѣдованія противъ монастыря, богадѣльни, или обвиненія въ учиненіи преступнаго дѣянія, взведеннаго противъ открывшагося, но не принятаго еще наслѣдства (hereditas jacens); во 2-хъ, даже и относительно корпорацій необходимо допустить только отвѣтственность за нѣкоторые виды преступныхъ дѣяній: нельзя же обвинять земство или акціонерное общество въ изнасилованіи, лжесвидѣтельствѣ и т. д. Но гдѣ же въ такомъ случаѣ отыскать границу? Можно ли допустить отвѣтственность только въ сферѣ имущественныхъ посягательствъ? Очевидно нѣтъ, такъ какъ, съ одной стороны, и между ними существуютъ такія, которыя, по самому ихъ составу, предполагаютъ виновность лицъ физическихъ, какъ поджогъ, разбой, а съ другой, и между не имущественными посягательствами есть такія, гдѣ иногда возбуждается вопросъ объ отвѣтственности лицъ юридическихъ,— какъ, напр., при обидахъ, при злоупотребленіяхъ политическими правами корпорацій, сословій и т. п.; въ 3-хъ, такія же условныя ограниченія нужно допустить и относительно наказаній, которыя могутъ быть примѣняемы къ лицамъ юридическимъ: какъ посадить въ тюрьму, сослать на поселеніе или на каторгу акціонерное общество, земство? Остаются, слѣдовательно, денежныя взысканія, да аналогичное съ смертною казнью прекращеніе, уничтоженіе корпораціи. Но даже примѣненіе этихъ карательныхъ мѣръ къ лицу фиктивному можетъ возбудить значительныя сомнѣнія. Нельзя отрицать права государства прекращать бытіе корпораціи, оказавшейся вредною или по цѣли, которую она осуществляетъ, или по условіямъ ея дѣятельности. Но это прекращеніе не тождественно съ наказаніемъ: съ одной стороны, эта мѣра можетъ быть примѣняема, хотя бы корпораціею и не было учинено никакого преступнаго дѣянія, только вслѣдствіе измѣненія условій общественной жизни, а съ другой, учиненіе членами корпораціи преступнаго дѣянія, хотя бы и тяжкаго, не можетъ оправдывать закрытіе общества, если только его цѣль остается полезною и необходимою для государства. Также не

всегда будетъ раціонально и примѣненіе денежныхъ взысканій, не въ видѣ вознагражденія за вредъ, а въ видѣ наказанія: благоразумно ли взыскивать денежную пеню, напр., съ благотворительнаго общества, которому само же государство даетъ денежную субсидію?

326. Кромѣ этихъ соображеній о неудобствѣ признанія начала уголовной отвѣтственности лицъ юридическихъ, еще важнѣе соображенія о юридической невозможности таковой. Въ этомъ отношеніи также приводятся доводы двоякаго рода, почерпаемые изъ самой конструкціи юридическаго лица, и изъ основанія уголовной кары. Юридическія лица всѣхъ категорій существуютъ только какъ продуктъ юридическаго вымысла, возникающаго въ сложившейся государственной жизни. Признаніе государственнаго и общественнаго значенія извѣстныхъ цѣлей и интересовъ, или существующихъ самостоятельно и независимо отъ всякой отдѣльной физической личности или достиженіе коихъ усиліями и дѣятельностью отдѣльнаго физическаго лица представлялось бы затруднительнымъ, является причиною созданія представленія объ идеальной личности, какъ бы аналогичной съ личностью физическою, но не тождественной съ нею; побуждаетъ признать эту идеальную личность правоспособною въ тѣхъ предѣлахъ, которые будутъ ей отмежеваны закономъ, причемъ самые предѣлы правоспособности этихъ фиктивныхъ личностей представляются далеко не одинаковыми, состоя въ зависимости отъ свойства и значенія цѣли, ради коей возникла эта фиктивная личность. Поэтому, только тѣ дѣйствія юридическаго лица, которыя совершены въ отмежеванной ему государствомъ правовой сферѣ, имѣютъ юридическое значеніе; всѣ другія, внѣ этой сферѣ лежащія, дѣйствія признаются юридически ничтожными. Но можемъ ли мы себѣ представить юридическое лицо, за которымъ бы государство признало правоспособность и въ сферѣ преступныхъ дѣяній? Съ другой стороны, уголовная отвѣтственность обусловливается виновностью лица: все равно, будетъ ли это вина умышленная, будетъ ли это небрежность, она предполагаетъ наличность реальной, а не фиктивной воли, предполагаетъ, какъ мы увидимъ далѣе, не только правоспособность, но и дѣеспособность, а этого условія естественно не существуетъ

въ лицѣ юридическомъ, дѣйствующемъ во всѣхъ юридическихъ отношеніяхъ черезъ представителей.

327. Это положеніе объ уголовной безотвѣтственности лицъ юридическихъ одинаково относится ко всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, какъ тяжкимъ, такъ и маловажнымъ, какъ умышленнымъ, такъ и неосторожнымъ. Но, само собою разумѣется, что эта безнаказанность юридическаго лица, какъ идеальной личности, отнюдь не освобождаетъ отъ отвѣтственности тѣхъ его представителей или членовъ, которые непосредственно выполнили преступное дѣяніе: за оскорбительное письмо, написанное отъ имени собранія или клуба, отвѣчаютъ старшины, подписавшіе это письмо, а не самый клубъ; за подлогъ, совершенный правленіемъ акціонернаго общества, отвѣчаютъ тѣ лица, которыя изготовили, подписали или употребили завѣдомо подложный документъ и т. п.

Точно также безотвѣтственность уголовная юридическихъ лицъ не исключаетъ ихъ отвѣтственности гражданской, въ частности— обязанности вознагражденія за вредъ и убытки. На этомъ основаніи существуетъ: во 1-хъ, обязанность юридическаго лица вознаграждать за дѣйствія своихъ представителей, органовъ или агентовъ, какъ скоро они дѣйствовали въ предѣлахъ своего полномочія, или при исполненіи своихъ обязанностей, и причинили кому либо, умышленно или по неосторожности, вредъ или убытокъ; во 2-хъ, юридическое лицо обязуется возвратить весь тотъ прибытокъ, который оно получило отъ противозаконныхъ дѣйствій своего представителя или агента, на основаніи общаго ученія объ obligatio ex re, ex eo quod ad aliquem pervenit.

Наконецъ, признаніе ненаказуемости лицъ юридическихъ не противорѣчитъ, столь нерѣдко встрѣчающемуся въ жизни, наложенію на различнаго рода единенія, общины, контрибуцій, взысканій, ограниченій ихъ дѣятельности или даже прекращенія ихъ существованія, коль скоро эти мѣры примѣняются не какъ наказаніе, а какъ мѣры административныя или политическія, потому что въ этомъ случаѣ нѣтъ рѣчи о признаніи виновности юридическаго лица, объ уголовномъ судѣ и наказаніи.

Этотъ принципъ уголовной безотвѣтственности лицъ юридиче-

скихъ признается, за малыми исключеніями ([1]), всѣми новыми законодательствами, причемъ нынѣ это начало какъ бы подразумѣвается само собою, между тѣмъ какъ прежніе кодексы считали необходимымъ особо упомянуть объ этомъ (баварское уложеніе 1813 г., § 49; ганноверское, § 56; гессенъ-дармштадтское, § 44) ([2]).

328. Въ нашемъ правѣ вопросъ объ отвѣтственности юридическихъ лицъ былъ принципіально поставленъ только при изданіи уложенія 1845 г. Въ матеріалахъ по составленію уложенія, по этому поводу было высказано: «въ уложеніи нельзя допускать такихъ законоположеній, кои, не представляя практической пользы, удовлетворяли бы одной логической полнотѣ: кодексъ—не учебная книга; простой смыслъ каждому скажетъ, что преступленіе не можетъ быть наказываемо, если не будетъ лица, коимъ оно совершено, и всякое выраженіе о существованіи субъекта преступленія было бы излишне, въ томъ числѣ и разрѣшеніе вопроса, могутъ ли нравственныя лица, напр., общество, сдѣлать цѣлымъ своимъ составомъ преступленіе? Само собою разумѣется, что сіе было бы возможно только тогда, когда бы всѣ до одного члены сего общества, по единогласному намѣренію, нарушили законъ; но тогда каждый самъ по себѣ понесъ бы наказаніе, опредѣленное сообщникамъ, и нѣтъ никакого повода включать въ проектъ уложенія особое правило о нарушеніяхъ законовъ, цѣлыми обществами сдѣланныхъ».

Соотвѣтственныя постановленія мы находимъ въ различныхъ томахъ свода законовъ: такъ, ст. 87 и 88 т. IX постановляютъ, что собраніе дворянское ни по какому дѣлу не можетъ быть потребовано къ суду и не можетъ быть заключено подъ стражу; по ст. 1424 уложенія (по редакціи трехъ первыхъ его изданій) въ случаѣ составленія дворянскими собраніями какого либо положенія, противнаго законамъ, наказаніе налагалось не на все собраніе,

---

(1) Такъ, допускаетъ отвѣтственность юридическихъ лицъ англо-американское право. Ср. H. Meyer, § 23, пр. 8.

(2) Относительно признанія этого начала новѣйшею практикою западно-европейскихъ государствъ можно найти указанія: для нѣмецкой у Oppenhoff, Commentar, § 47, пр. 8, Olshausen, § 47, пр. 20; для французской, впрочемъ, нѣсколько колеблющейся, у Garraud, № 60; для бельгійской—у Haus, № 257 и сл.

а только на тѣхъ изъ дворянъ, которые присутствовали въ собраніи и подписали постановленіе.

Однако, въ уложеніи не было послѣдовательно проведено это начало и въ немъ, въ особенности въ первыхъ его изданіяхъ, встрѣчалось нѣсколько постановленій, на основаніи коихъ взысканія, имѣющія несомнѣнно уголовный характеръ, налагались на лицъ юридическихъ. По послѣднему изданію уложенія (1885 г.) сюда могутъ быть относимы: ст. 530, на основаніи коей съ еврейскаго общества, въ которомъ укрылся военный бѣглецъ изъ евреевъ, взыскивается не свыше трехъ сотъ рублей съ каждаго, и ст. 985, облагающая общества денежнымъ взысканіемъ за вторичный отпускъ лицъ, которыя не могутъ снискивать пропитанія, буде эти лица будутъ затѣмъ изобличены въ прошеніи милостыни.

Это начало безнаказанности лицъ юридическихъ усвоено и нашею практикою, хотя и не безъ нѣкотораго колебанія. Такъ, въ рѣшеніи 1884 г., № 4, по дѣлу россійскаго общества транспортированія кладей, уголовный кассаціонный департаментъ сената высказалъ, что лицо юридическое не можетъ подлежать уголовному преслѣдованію за преступныя дѣянія входящихъ въ составъ онаго лицъ или его агентовъ, которые въ порядкѣ уголовномъ отвѣчаютъ каждый только за себя.

329. Всякое ли однако физическое лицо можетъ быть виновникомъ преступнаго дѣянія? Современное уголовное право всѣхъ цивилизованныхъ народовъ отвѣчаетъ на это отрицательно: ребенокъ лѣтъ 4-хъ или 5, умалишенный не подлежатъ отвѣтственности за учиненное ими зло, хотя бы то, что они совершили, заключало въ себѣ всѣ признаки дѣянія, запрещеннаго закономъ подъ страхомъ наказанія.

Такимъ образомъ, физическое лицо только тогда, въ смыслѣ юридическомъ, можетъ быть виновникомъ преступленія, когда оно совмѣщаетъ въ себѣ извѣстную сумму біологическихъ условій, обладаетъ, употребляя техническое выраженіе доктрины, способностью ко вмѣненію или вмѣняемостью (1).

---

(1) Указанія на литературу—въ моемъ курсѣ, I, № 15; изъ позднѣйшихъ монографій можно назвать: Wahlberg, Grundzüge der strafrechtlichen Zurechnungslehre, въ его Gesammelte Schriften, I, 1875 г. Binding, Die Normen und ihre Übertre-

330. Подобное положеніе не составляетъ какой либо особенности права уголовнаго; хотя въ нѣсколько иномъ значеніи, но оно встрѣчается и въ другихъ областяхъ права, а въ частности—въ правѣ гражданскомъ.

Признавая, что въ современныхъ гражданскихъ отношеніяхъ всякое физическое лицо имѣетъ способность сдѣлаться субъектомъ юридическихъ отношеній и возникающихъ отсюда правъ и обязанностей (правоспособность), гражданское право имѣетъ въ виду абстрактное значеніе этихъ отношеній; но, переходя къ вопросу о реализированіи этихъ отношеній, къ конкретному ихъ бытію, оно, кромѣ правоспособности, требуетъ отъ субъекта и дѣеспособности, по крайней мѣрѣ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣло идетъ не о пассивной сторонѣ права, не объ охранѣ его, а объ активной, о проявленіи лица въ правоотношеніяхъ, о самостоятельномъ участіи его въ юридическихъ дѣйствіяхъ: недѣеспособный можетъ являться субъектомъ реальныхъ юридическихъ отношеній только черезъ представителя (¹).

Понятіе о вмѣняемости есть разновидность понятія о дѣеспособности, играющее однако въ уголовномъ правѣ бо́льшую роль на томъ основаніи, что всякое преступное дѣяніе есть конкретное юридическое отношеніе, порождающее права и обязанности, а потому его субъектомъ можетъ быть только лицо, способное проявлять себя въ реальныхъ явленіяхъ жизни. Для цивилиста понятіе дѣеспособности служитъ раздѣлительною чертою юридическихъ дѣйствій, совершаемыхъ правоспособнымъ субъектомъ или непосредственно, или черезъ представи-

---

tung, II, 1877 г.; F. Bruck, zur Lehre von der criminalistischen Zurechnungsfähigkeit, 1878 г.; T. Hrehorowicz, Grundbegriffe des Strafrechts, 2 изд. 1882 г.; нѣкоторыя монографіи по спеціальнымъ вопросамъ ученія о вмѣняемости будутъ указаны далѣе.

(¹) Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 3 изд., 1873 г., I, § 56, говоритъ: «дѣеспособность заключается въ способности принимать самостоятельное участіе въ юридическихъ дѣйствіяхъ; правоспособность—право имѣть и пріобрѣтать права»; Brinz, Pandekten, § 18: «Rechtsfähigkeit означаетъ, что субъектъ имѣетъ или можетъ имѣть права—юридическая дѣеспособность; Handlungsfähigkeit,—что человѣкъ пріобрѣтаетъ или можетъ пріобрѣтать права—естественная дѣеспособность». К. Кавелинъ, права и обязанности, стр. 8: правоспособность—способность имѣть права и обязанности; дѣеспособность—способность самому, лично, располагать правами и исполнять обязанности.

телей; для криминалиста вмѣняемость есть признакъ, обусловливающій наказуемость дѣянія, учиненнаго физическимъ лицомъ, признакъ, отъ коего зависитъ бытіе преступнаго дѣянія, а потому понятно, что ученіе о вмѣняемости составляетъ одинъ изъ основныхъ вопросовъ теоріи уголовнаго права.

331. Какъ право гражданское, такъ и право уголовное, выходятъ изъ того, основаннаго на сущности человѣческой природы, положенія, что всякое физическое лицо не только предполагается правоспособнымъ, но и дѣеспособнымъ, что только, благодаря какимъ либо особеннымъ физіологическимъ или патологическимъ условіямъ, отдѣльная личность утрачиваетъ эту способность дѣйствовать самостоятельно въ области юридическихъ отношеній, уголовно отвѣтствовать за учиненное. Поэтому, какъ наука права, а въ частности права уголовнаго, такъ и законодательства сосредоточиваютъ свое вниманіе на отрицательной сторонѣ вопроса, на опредѣленіи условій и признаковъ невмѣняемости, на установленіи и опредѣленіи тѣхъ различныхъ состояній и видоизмѣненій человѣческаго организма, при которыхъ человѣкъ утрачиваетъ способность ко вмѣненію, предоставляя анализъ этой способности, какъ извѣстнаго элемента психической организаціи человѣка, наукамъ біологическимъ.

Но и постановка вопроса объ условіяхъ невмѣняемости представляетъ существенно различные типы въ доктринѣ и въ законодательствахъ.

332. Наиболѣе практичнымъ казался бы простой перечень въ законѣ конкретныхъ условій, устраняющихъ вмѣняемость, а въ наукѣ уголовнаго права—анализъ этихъ отдѣльныхъ состояній, такъ какъ тогда практикѣ давались бы твердыя основанія для руководства въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Такой системы дѣйствительно и держится старѣйшій изъ европейскихъ кодексовъ—французскій, называя въ законѣ два условія невмѣняемости: малолѣтство и помѣшательство—*démence*; подобный же перечень даетъ бельгійское уложеніе 1867 г., добавляющее только къ числу условій невмѣняемости и глухонѣмоту. Эта же система была усвоена и

составителями нашего уложенія 1845 г., которые въ ст. 92 ([1]) дали подробный перечень состояній, исключающихъ способность ко вмѣненію, относя сюда: дѣтство до 7-ми лѣтъ, безуміе отъ рожденія, сумасшествіе, болѣзнь, доходящую до умоизступленія и безпамятства, одряхлѣніе, лунатизмъ, глухонѣмоту, причемъ этотъ перечень осложняется еще тѣмъ, что въ той же статьѣ 92 законъ упоминаетъ и о причинахъ, устраняющихъ виновность безотносительно къ вмѣняемости, говоритъ, напр., о случайности причиненнаго вреда, объ ошибкахъ, а равно и о причинахъ, устраняющихъ преступность дѣянія, напр., о необходимой оборонѣ, о крайней необходимости ([2]).

Но, несмотря на свою простоту, система конкретнаго и ограничительнаго перечня причинъ, устраняющихъ вмѣняемость, вызываетъ серьезныя возраженія. Во 1-хъ, при подобномъ перечнѣ легко могутъ быть опущены отдѣльныя ненормальныя психическія состоянія, устраняющія вмѣняемость; такъ, напр., наше уложеніе вовсе не упоминаетъ о снѣ и просонкахъ, какъ условіи невмѣняемости; во 2-хъ, пытаясь точно формулировать отдѣльныя ненормальныя психическія состоянія, при томъ, далеко несовершенномъ, состояніи, въ какомъ находится и нынѣ наука о здоровой и больной душѣ—психологія и психіатрія, законодатель можетъ употребить такіе термины, которые крайне затруднятъ подведеніе подъ законъ отдѣльныхъ жизненныхъ случаевъ невмѣняемости. Любопытнымъ примѣромъ въ этомъ отношеніи является толкованіе термина «démence» во французской литературѣ. Между тѣмъ какъ одни писатели, преимущественно цивилисты, понимаютъ его въ ограниченномъ значеніи «извращенія мыслительной дѣятельности», кри-

---

([1]) Еще неудачнѣе въ этомъ отношеніи система, усвоенная уставомъ о наказаніяхъ, такъ какъ перечисленіе въ немъ причинъ невмѣняемости, сдѣланное въ ст. 10, представляется, даже сравнительно съ уложеніемъ, крайне неполнымъ.

([2]) Эти условія будутъ разсмотрѣны далѣе, въ ученіи объ объектѣ и о вмѣняемости; но нельзя не замѣтить, что различіе между всѣми этими условіями имѣетъ не только теоретическое, но и практическое значеніе, что обнаруживается особенно въ ученіи о соучастіи: невмѣняемость одного изъ соучастниковъ не освобождаетъ отъ отвѣтственности другихъ соучастниковъ; но признаніе судомъ, что данное преступное дѣяніе учинено въ состояніи обороны, освобождаетъ отъ отвѣтственности всѣхъ лицъ, принимавшихъ участіе въ этомъ дѣяніи.

миналисты (F. Hélie, Ortolan, Lainé, A. Garraud), а равно и практика французскаго кассаціоннаго суда, придаютъ ему болѣе широкое значеніе всякаго разстройства психической дѣятельности, каковы бы ни были его названіе и научная классификація, такъ что подводятъ подъ этотъ терминъ и идіотизмъ, и сумасшествіе, манію съ бредомъ и безъ бреда, однопредметное помѣшательство; хотя, тѣмъ не менѣе, какъ замѣчаетъ Ф. Эли, и при распространительномъ толкованіи этого термина, объемъ его является все-таки ограниченнымъ, такъ какъ «démence» предполагаетъ болѣзненное психическое разстройство, такъ что и съ натяжками подъ него нельзя подводить состоянія безпамятства или безсознательности, вызванныя опьянѣніемъ, сномъ или просонками или даже лунатизмомъ ([1]); въ этихъ случаяхъ для французскаго суда представляется единственная возможность справедливаго приговора въ обходѣ закона, т. е. въ отрицаніи самаго бытія преступнаго дѣянія.

333. Значительный шагъ впередъ представляетъ въ этомъ отношеніи установленіе для различныхъ состояній невмѣняемости обобщенныхъ формулъ, могущихъ обнять разнообразные конкретные случаи невмѣняемости. Такъ, германскій кодексъ 1872 г., рядомъ съ глухонѣмотою и малолѣтствомъ, говоритъ общимъ образомъ (§ 57): 1) о состояніи безсознательности, объемлющемъ, какъ объясняютъ мотивы, всѣ формы прекращенія или разстройства психической дѣятельности, непереходящія въ душевную болѣзнь, и 2) о болѣзненномъ разстройствѣ душевной дѣятельности; совершенно аналогичную систему усвоилъ венгерскій кодексъ 1880 г. (§§ 76, 83 и 88), а кодексъ голландскій 1881 г., кромѣ малолѣтства, упоминаетъ о недостаточномъ развитіи и о болѣзненномъ разстройствѣ умственныхъ способностей.

Этотъ же пріемъ усвоенъ и нашимъ проектомъ уголовнаго уложенія редакціонной коммисіи, которая, независимо отъ малолѣтства, упоминаетъ о трехъ типахъ ненормальнаго психическаго состоянія (ст. 33): о недостаточности умственныхъ способностей, о болѣзненномъ разстройствѣ душевной дѣятельности и о безсознательномъ состояніи.

([1]) Dalloz, art. 64, № 145, подводитъ, впрочемъ, и лунатизмъ подъ «démence».

334. Обобщенная система значительно облегчаетъ практикѣ подведеніе отдѣльныхъ случаевъ невмѣняемости подъ категоріи, установленныя закономъ; но эта система легко можетъ создать другую, не менѣе важную, опасность, а именно полный произволъ судебныхъ рѣшеній. Такія общія формулы, какъ «недостаточность умственныхъ способностей», «болѣзненное разстройство душевной дѣятельности» и т. д., такъ растяжимы, такъ общи, что имъ можетъ быть придаваемъ весьма разнообразный объемъ; при этомъ не надо забывать, что вопросъ о наличности условій вмѣняемости, какъ по существу своему, такъ и по началамъ процесса, требуетъ участія врача-психіатра, его экспертиза должна быть положена въ основу судейскаго приговора о вмѣненіи или невмѣненіи учиненнаго обвиняемому, а къ сожалѣнію, у насъ, въ особенности въ провинціи, число лицъ, спеціально занимающихся психіатріею, крайне ограничено, такъ что нетрудно предположить, что явившійся на судъ экспертъ не будетъ обладать необходимыми спеціальными свѣдѣніями; сама психіатрія еще только разработывается, клиническія формы психическихъ страданій, ихъ родовыя отличія, даже терминологія совершенно еще не установились; наконецъ, общеизвѣстно стремленіе, нашедшее себѣ выраженіе и въ литературѣ, чрезвычайно расширять понятіе о душевнобольныхъ, видѣть почти въ каждомъ подсудимомъ лицо психически не нормальное, въ каждомъ преступномъ дѣяніи—признакъ психическаго страданія. Понятно, что при этихъ условіяхъ неопредѣленность и расплывчатость формулы невмѣняемости не только поставитъ судъ въ весьма сильное затрудненіе при рѣшеніи вопроса объ отвѣтственности лицъ, коихъ психическая сфера представляетъ нѣкоторыя ненормальности, но и подвергнетъ значительной опасности общественное спокойствіе.

Въ силу этого, какъ въ наукѣ, такъ и въ законодательной практикѣ, является стремленіе указать въ формулѣ закона, опредѣляющей условія невмѣняемости, и тѣ основанія, благодаря коимъ эти состоянія устраняютъ отвѣтственность. Несомнѣнно, что причиною безотвѣтственности являются не слабоуміе, манія, глухонѣмота, лунатизмъ, горячка и т. д., а тѣ эффекты, которые они вызываютъ въ психической жизни человѣка, въ его мышленіи, въ его волеопредѣляемости; поэтому всего естественнѣе

въ формулѣ закона, рядомъ съ условіями невмѣняемости, поставить и психологическій критерій, который положенъ въ ихъ основаніе.

Въ этомъ отношеніи даже кодексы, принявшіе систему перечисленія отдѣльныхъ условій невмѣняемости, указываютъ въ нѣкоторыхъ своихъ постановленіяхъ (какъ наше уложеніе, напр., о глухонѣмотѣ (ст. 98), о дѣтствѣ (ст. 94) и о сумасшествіи (ст. 95)), на критерій невмѣняемости, хотя, къ сожалѣнію, въ весьма неопредѣленной и неоднородной формѣ. Точно также сочло необходимымъ внести въ текстъ закона подобный психологическій критерій и большинство новѣйшихъ кодексовъ: германскій, венгерскій, а равно и проектъ австрійскаго уложенія.

335. Эту же систему принялъ проектъ уголовнаго уложенія, не смотря даже на возраженія, сдѣланныя противъ его первоначальной редакціи въ присланныхъ замѣчаніяхъ на общую часть проекта.

«Формула вмѣняемости, говорится по этому поводу въ объяснительной запискѣ, имѣетъ въ виду не медицинскую сторону признаковъ, характеризующихъ ненормальныя психическія состоянія человѣческаго организма, а юридическую; имѣетъ въ виду указанія такихъ ненормальныхъ состояній, въ силу коихъ учиненное даннымъ лицомъ нарушеніе закона не вмѣняется ему въ вину и оно не подлежитъ за него уголовной отвѣтственности. Кромѣ того, не надо забывать, что въ прямомъ соотвѣтствіи съ признаніемъ даннаго лица безотвѣтственнымъ за учиненное имъ стоитъ рядъ возможныхъ измѣненій въ сферѣ его имущественныхъ правъ, ограниченіе его въ распоряженіи имуществомъ, недѣйствительность заключенныхъ имъ сдѣлокъ; далѣе, признаніе даннаго субъекта душевно-больнымъ можетъ повлечь за собою принятіе разнаго рода полицейскихъ охранительныхъ мѣръ по отношенію къ его личности, можетъ повлечь рядъ измѣненій въ его государственно-служебномъ или общественномъ положеніи, такъ какъ лицо, безотвѣтственное за свои поступки, естественно не можетъ находиться на службѣ государственной или общественной, быть врачемъ или учителемъ и т. п. Въ виду всѣхъ этихъ соображеній, не только отождествленіе всякой ненормальности психическихъ отправленій съ юридическою безотвѣтственностью представляется

далеко небезспорнымъ, но умолчаніе въ законѣ о юридическомъ критеріи можетъ повлечь послѣдствія весьма прискорбныя, какъ по отношенію къ охранѣ общественнаго порядка и спокойствія, такъ и для огражденія личности».

«Столь же необходимымъ, продолжаетъ записка, представляется психологическій критерій и для правильной постановки на судѣ психіатрической экспертизы, такъ какъ, только при установленіи его, экспертиза можетъ служить дѣйствительнымъ основаніемъ для дальнѣйшаго вывода судьи объ уголовной отвѣтственности обвиняемаго: только благодаря этому критерію, на судѣ можетъ установиться взаимное пониманіе врачей и юристовъ. Во всѣхъ состояніяхъ, обусловливающихъ невмѣняемость, существуютъ различныя степени, и безъ такого критерія нельзя установить наличность вмѣняемости въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ; онъ указываетъ тотъ предѣлъ, начиная съ котораго дѣйствіе каждой отдѣльной причины должно считаться обстоятельствомъ, устраняющимъ вмѣняемость».

336. Такимъ образомъ, формула невмѣняемости должна заключать въ себѣ два элемента: психологическій критерій и перечень условій, устраняющихъ вмѣняемость; каждый изъ этихъ элементовъ заслуживаетъ подробнаго разсмотрѣнія [1].

Останавливаясь прежде всего на психологическомъ критеріи, мы находимъ, что въ кодексахъ и законопроектахъ, введшихъ его въ формулу невмѣняемости, онъ встрѣчается въ двоякой обри-

---

(1) Въ замѣчаніяхъ на проектъ было высказано, между прочимъ, и такое мнѣніе, что въ законѣ слѣдуетъ сохранить только одинъ психологическій критерій и отбросить перечень состояній невмѣняемости; по поводу этого въ объяснительной запискѣ указано, что хотя такое предложеніе и представляется вполнѣ соотвѣтствующимъ юридической обрисовкѣ вмѣняемости, но осуществленіе его было бы неудобно со стороны процессуальной, и притомъ какъ для судьи, такъ и для эксперта. Судъ лишился бы всякихъ указаній, когда именно онъ долженъ привлечь къ участію въ процессѣ эксперта-психіатра, когда долженъ поставить на разрѣшеніе суда или присяжныхъ вопросъ о невмѣняемости и т. д., а отъ врача-эксперта пришлось бы, вмѣсто научной экспертизы, требовать представленія чисто опытныхъ данныхъ о состояніи психическихъ способностей подсудимаго.

Въ первомъ проектѣ германскаго уложенія также предполагалось ввести только одинъ психологическій критерій; но вслѣдствіе сильныхъ возраженій со стороны юристовъ и врачей формула вмѣняемости (§ 51) была пополнена указаніями на причины, ее устраняющія.

совкѣ: одну изъ нихъ я считалъ бы возможнымъ назвать метафизическою, другую—позитивною.

Метафизическая обрисовка вноситъ въ опредѣленіе критерія понятіе о свободѣ и несвободѣ человѣческихъ дѣйствій. Такова формула германскаго уложенія (§ 51), которая гласитъ: «дѣяніе не признается преступнымъ, какъ скоро совершившій, во время учиненія дѣянія, находился въ состояніи, исключавшемъ его *свободное волеопредѣленіе* (freie Willensbestimmung)» (1); то же говоритъ кодексъ венгерскій (§ 36): «дѣяніе не вмѣняется тому.... кто не обладалъ способностью къ *свободному волеопредѣленію*» (libre arbitre во французскомъ переводѣ); наконецъ, близко къ этой формулѣ подходитъ и австрійскій законопроектъ, говоря (§ 57): «дѣяніе ненаказуемо, если учинившій....не могъ *свободно опредѣлять* свою волю или распознать преступность своего дѣянія».

Позитивная обрисовка основываетъ критерій вмѣняемости на условіяхъ виновности, устраняя изъ него спорный вопросъ о свободѣ человѣческихъ дѣйствій. Такова обрисовка нашего проекта уголовнаго уложенія (ст. 33): «не вмѣняется въ вину дѣяніе, учиненное лицомъ, которое.....не могло, во время учиненія дѣянія, понимать свойства и значеніе имъ совершаемаго».

Въ основаніи этого различія обрисовки критерія вмѣняемости лежитъ вѣковѣчный споръ объ одной изъ важнѣйшихъ проблемъ жизни души, споръ индетерминизма и детерминизма. Конечно, не въ курсѣ уголовнаго права можетъ имѣть мѣсто изложеніе этого спора, оцѣнка доводовъ борющихся сторонъ; но въ то же время нельзя обойти его полнымъ молчаніемъ, такъ какъ отъ усвоенія того или другаго принципа зависитъ не только общая постановка вопроса объ основаніяхъ уголовной отвѣтственности, но даже и характеристика нѣкоторыхъ отдѣльныхъ ученій общей части, какъ, напр., о принужденіи, крайней необходимости, подстрекательствѣ и т. п. (2).

---

(1) Еще опредѣленнѣе была выражена эта формула въ allgemeines preussisches Landrecht: «кто не можетъ свободно дѣйствовать, тотъ не можетъ совершить преступленія и подлежать наказанію».

(2) Болѣе подробно изложенъ вопросъ объ отношеніи детерминизма и индетерминизма къ вопросу о вмѣняемости въ моемъ курсѣ, I, стр. 21—69; обстоя-

При этомъ краткомъ изложеніи, нужно имѣть въ виду: во 1-хъ, что самое понятіе о «свободѣ воли» претерпѣвало рядъ измѣненій (¹) и что пониманіе этого термина у современныхъ писателей представляетъ существенное различіе, начиная отъ представленія о свободѣ, какъ о полномъ произволѣ, и полной независимости воли отъ какихъ либо предыдущихъ внутреннихъ или внѣшнихъ, и кончая признаніемъ свободными тѣхъ дѣйствій человѣка, которыя, хотя и подчиняются закону достаточной причины, но причинность для коихъ полагается внутреннимъ міромъ человѣка, и которыя въ силу того являются продуктомъ самоопредѣляемой воли (такъ называемый обусловленный индетерминизмъ Биндинга); во 2-хъ, что при этомъ очеркѣ имѣется въ виду только вмѣненіе юридическое, и не затрогивается вмѣненія религіозное и нравственное, и, наконецъ, въ 3-хъ, что оцѣнка той или другой постановки вопроса объ основахъ уголовнаго вмѣненія стоитъ въ прямой связи съ понятіемъ о существѣ и цѣли наказанія: въ этомъ отношеніи, конечно, будетъ существенное различіе во взглядахъ писателей, защищающихъ идею самоцѣльности наказанія и сторонниковъ такъ называемыхъ относительныхъ теорій.

337. Признаніе свободы воли основнымъ критеріемъ вмѣняемости находитъ себѣ большое число защитниковъ какъ между старыми, такъ и новыми криминалистами всѣхъ націй; въ громадномъ большинствѣ учебниковъ и руководствъ ставится, какъ безспорная, формула: только лицо, обладающее способностью дѣйствовать свободно, можетъ быть виновникомъ преступленія. «Если мы не признаемъ за человѣкомъ свободы дѣйствій, говоритъ Кестлинъ (System, § 41), то хотя мы и можемъ по какимъ либо основаніямъ признать реакцію противъ преступныхъ дѣяній

тельный разборъ ученія о свободѣ воли, какъ основѣ вмѣняемости, былъ сдѣланъ еще Фейербахомъ, въ его Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799—1800 гг., III, глава 7-я; подробно изложена исторія борьбы детерминизма и индетерминизма у Volkmann, Psychologie, II, стр. 459 и сл.

(¹) Ср. обзоръ различныхъ опредѣленій свободы воли у C. Göring, über die menschliche Freiheit und Zurechnungsfähigkeit, 1876 г.—глава 1-я—Begriff der Freiheit; самыя слова «свобода», «свободный», имѣютъ крайне разнообразное значеніе въ ихъ примѣненіи къ явленіямъ физическаго міра и къ событіямъ соціальной жизни; ср. у него же на стр. 2 интересные примѣры изъ Knapp, System der Rechtsphilosophie.

полезною, даже необходимою, но только о ней не можетъ быть и рѣчи въ наукѣ права»; «виновность, говоритъ Haus (Principes, 2 изд., № 283), предполагаетъ умственное развитіе и свободу... свобода можетъ быть внутренняя или внѣшняя. Первая—есть способность желать и не желать, вообще опредѣляться самопроизвольно; вторая—состоитъ во власти дѣйствовать или не дѣйствовать, совершать что либо или воздержаться. При отсутствіи одного изъ этихъ двухъ условій всякая виновность исчезаетъ, фактъ не можетъ быть вмѣненъ совершившему и не можетъ повлечь поэтому никакой уголовной отвѣтственности». «Для юриста, замѣчаетъ г. Будзинскій (Начала, стр. 73), вмѣстѣ съ свободою исчезло бы понятіе о законѣ и наказаніи; для юриста разумная свобода составляетъ основаніе уголовнаго права; если бы человѣкъ не имѣлъ свободы воли, то онъ не имѣлъ бы о ней внутренняго сознанія, не чувствовалъ бы угрызеній совѣсти въ случаѣ содѣянія зла, не отвѣтствовалъ бы за свои дѣянія, не отличался бы отъ животнаго» ([1]).

Но что же такое разумно-свободная воля? Въ чемъ состоитъ свобода воли, какъ условіе бытія преступленія? На это большинство криминалистовъ, сторонниковъ даннаго взгляда, или не даютъ никакого отвѣта, какъ бы предполагая, что выраженія: «свобода», «разумная свобода», составляютъ такія эмпирическія понятія, которыя не требуютъ разъясненія, или же отсылаютъ за объясненіями понятія о свободѣ къ философіи или этикѣ, и только весьма немногіе считаютъ необходимымъ представить болѣе подробное изложеніе ученія о существѣ свободной воли, какъ условіи вмѣняемости. Къ числу послѣднихъ относится одинъ изъ извѣстнѣйшихъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ, ревностный послѣдователь школы Гегеля—Кестлинъ ([2]).

([1]) Эти выдержки, какъ было замѣчено мною въ курсѣ, в. I, стр. 45, взяты случайно изъ писателей различныхъ литературъ; но подобныя цитаты могутъ быть по произволу увеличиваемы, такъ какъ такія положенія встрѣчаются въ огромномъ большинствѣ учебниковъ: ср., напр., такую же категорическую постановку этого вопроса въ послѣднемъ трудѣ Гельшнера, § 75; то же Bruck, Zurechnungsfähigkeit, 1878 г., стр. 24; у него (стр. 4—24) обзоръ формулировки критерія вмѣняемости у различныхъ нѣмецкихъ писателей.

([2]) Köestlin, neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845 г., стр. 51 и сл.; его же, System, § 41 и сл. На ученіи Кестлина построена теоретическая

338. Понятіе воли, по ученію Кестлина, заключаетъ въ себѣ два момента: во 1-хъ, моментъ безконечнаго тождества (своей сущности,—абсолютной идеи), саморавность воли, въ силу чего воля можетъ, съ одной стороны, отрѣшаться отъ всякой опредѣленности, отъ всякаго частнаго содержанія и пребывать самотождественною, а съ другой, во всякой опредѣленности оставаться самопродолженіемъ, т. е. осуществлять абсолютную идею, которой она служитъ практическимъ проявленіемъ, осуществлять добро; во 2-хъ, способность воли къ опредѣленности, моментъ частнаго въ противоположность первому—всеобщему. Поэтому въ существѣ воли лежитъ: во 1-хъ, способность перехода отъ безразличной неопредѣленности къ постановленію себѣ опредѣленія; благодаря этому, воля перестаетъ быть простою формою, а получаетъ содержаніе: она хочетъ чего либо, изъ свободы безсодержательнаго (Freiheit der Leere) становится дѣйствительною волею; во 2-хъ, способность замѣны саморавности и самопродолжаемости (Continuität)—отпаденіемъ (Discretion); благодаря этому свойству для воли является возможность отрицанія своего единства съ абсолютною идеею; возможности осуществленія добраго для воли противопоставляется возможность осуществленія злаго.

Сообразно съ этимъ, понятіе воли характеризуется слѣдующими признаками: а) абсолютною возможностью для субъекта отрѣшиться отъ какого бы то ни было опредѣленія, положеннаго для воли имъ самимъ или чѣмъ либо внѣ его сущимъ; б) способностью постановленія какой либо опредѣленности, какъ содержанія воли, откуда бы содержаніе ни было почерпнуто, и в) способностью *я* пребывать въ какой либо опредѣленности съ сознаніемъ возможности ея измѣненія.

Такова истинная сущность воли въ ея полномъ развитіи; но этого развитія воля достигаетъ въ человѣкѣ, проходя различныя ступени саморазвитія человѣческаго духа.

Прежде всего воля является въ видѣ непосредственномъ, есте-

часть монографіи г. Власьева, о вмѣненіи по началамъ теоріи и древняго русскаго права, 1860 г. Теорія, сходная съ Кестлиномъ, была развита Бернеромъ въ его «Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre», 1843 г.; въ позднѣйшемъ сочиненіи «Grundsätze des Preussischen Strafrechts», 1861 г., и въ «Lehrbuch»— Бернеръ нѣсколько видоизмѣнилъ свое ученіе.

*

ственномъ (natürlicher Wille), когда *я* опредѣляется не изъ себя, а изъ природы, когда нашими дѣйствіями руководятъ только ощущенія, побужденія, склонности. Вторую ступень составляетъ познающая воля (wissender Wille), которая сама творитъ свое содержаніе, самоопредѣляется, причемъ источникомъ этого самоопредѣленія является мышленіе. Воля на этой ступени создаетъ для себя опредѣленіе, но такъ, что точно также она можетъ себѣ поставить и всякое другое. Процессъ волеопредѣленія начинается съ обсужденія различныхъ возможностей, которыя представляются, какъ основанія опредѣленія. Колебаніе должно быть разрѣшено энергическимъ актомъ воли—выборомъ; но этотъ выборъ, эта рѣшимость остановиться на какомъ либо основаніи опредѣленія и сдѣлать его дѣйствительнымъ содержаніемъ воли и есть актъ произвола, формальной свободы *я*, такъ какъ воля точно также могла рѣшиться въ пользу всякой другой возможности. Наконецъ, полной законченности воля достигаетъ только тогда, когда она полагаетъ, какъ содержаніе своей особенности, свою всеобщность,—почерпаетъ содержаніе изъ собственной субстанціи.

Такимъ образомъ, по теоріи Кестлина, существуютъ три основные типа человѣческихъ дѣйствій:

1) Дѣйствія, какъ непосредственный продуктъ природы, какъ проявленіе естественной воли. Воля въ этомъ состояніи не свободна, не есть истинная воля, и подобныя дѣйствія человѣка, не отличаясь отъ явленій природы, не могутъ быть вмѣняемы ему ни въ вину, ни въ заслугу.

2) Дѣйствія, какъ продуктъ познающей воли, когда дѣйствующій сознаетъ и оцѣниваетъ различныя, возможныя опредѣленія его дѣятельности и свободно рѣшается на выборъ даннаго опредѣленія, котораго содержаніе дается ему или изъ природы, или изъ представленій разума; такъ какъ лицо въ подобномъ положеніи можетъ опредѣляться и своею сущностью, идеею абсолютнаго добра, то и поступки его могутъ вызывать или порицаніе, или одобреніе.

3) Дѣйствія, какъ результатъ абсолютной свободы, когда данное опредѣленіе является осуществленіемъ абсолютнаго: воля, достигшая такой абсолютной свободы, конечно, не можетъ быть источникомъ преступныхъ дѣяній.

339. Слѣдовательно, по этой теоріи, общій законъ причинности не распространяется на свободныя дѣйствія человѣка; духъ человѣческій, проявляющійся въ его волѣ, имѣетъ способность опредѣлять дѣятельность лица независимо отъ какихъ либо предыдущихъ явленій; имѣетъ способность сдѣлать свободный выборъ между отдѣльными опредѣленіями, представляющимися въ данномъ случаѣ; такъ что, подпадая даже подъ господство страсти, увлеченія, духъ человѣческій подчиняется этому самопроизвольно, въ силу своей свободной рѣшимости.

Но на чемъ же основываются подобныя положенія? Единственнымъ аргументомъ, кромѣ формальныхъ діалектическихъ афоризмовъ и построеній ([1]), у сторонниковъ этого ученія является ссылка на свидѣтельство нашего сознанія. Въ самомъ дѣлѣ, не говоритъ ли каждому изъ насъ наше сознаніе, что все, что мы дѣлаемъ, мы дѣлаемъ только по нашему усмотрѣнію, что отъ насъ безусловно зависитъ сказать или смолчать, сдѣлать или не сдѣлать. Какъ отказаться отъ этого убѣжденія, присущаго намъ всегда и вездѣ, которое, съ большею или меньшею отчетливостью, сознается взрослымъ и молодымъ, образованнымъ и полуразвитымъ? «Не подлежитъ сомнѣнію, говоритъ пр. Спасовичъ (стр. 116), что человѣкъ можетъ, опираясь на сознаніе, располагать и управлять данными ему отъ природы физическими и психическими способностями. Онъ можетъ требовать отъ своего ума, чтобы умъ вникалъ и работалъ, отъ фантазіи, чтобы она творила; онъ можетъ сказать страсти, чтобы она умолкла, сердцу, чтобы оно не билось, волѣ, чтобы она того, а не другаго желала... Если бы свободы воли не было, то непонятно, какимъ бы образомъ могло образоваться и понятіе о ней, потому что оно, конечно, не можетъ быть заимствовано изъ міра внѣшняго, посредствомъ чувственнаго опыта» ([2]).

([1]) См. разборъ ихъ въ моемъ курсѣ, I, стр. 31.

([2]) Какъ замѣчаетъ пр. Geyer, въ его Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen, 1862 г., стр. 115, ученіе о безграничной свободѣ заключаетъ въ себѣ такъ много утѣшительнаго, такъ много самообольщающаго для человѣка, что оно всегда будетъ находить приверженцевъ. Проблема человѣческой свободы, говоритъ Брукъ, стр. 24, всегда остается дѣломъ вѣры. Какого либо твердаго

340. Посмотримъ же теперь, какъ тверды устои, на которыхъ зиждется эта теорія, въ особенности съ точки зрѣнія вмѣняемости человѣческихъ дѣйствій и уголовной отвѣтственности.

Допустимъ, что духъ человѣческій безусловно самопочиненъ, что въ немъ, и только въ немъ, въ каждый моментъ лежитъ возможность выбора между благомъ и зломъ, между истинною абсолютною сущностью воли и вліяніемъ конечнаго, ограниченнаго. Но не возбуждаетъ ли это положеніе сомнѣній, нѣтъ ли въ немъ недоказанныхъ постулятовъ, даже кромѣ самой идеи о свободѣ?

Идеи добра и блага врождены человѣку, но однако и по этому ученію существуетъ воля естественная, существуетъ ступень человѣческаго развитія, когда идея благого представляется еще не раскрытою въ человѣческомъ сознаніи. Когда же и при какихъ условіяхъ раскрывается эта идея?

Далѣе, говоря, что идея добра врождена человѣку, эта доктрина не опредѣляетъ объема и содержанія этой идеи. Уподобленіе ея понятію безграничной любви достаточно ли для сферы права? Въ примѣненіи къ праву уголовному нужно пойти еще далѣе и затронуть вопросъ о томъ: совпадаетъ-ли объемъ идеи благого съ объемомъ требованій общей воли, объективированной въ законѣ. Если человѣкъ отвѣтственъ только потому, что, вмѣсто учиненія даннаго проступка, онъ, руководствуясь своимъ представленіемъ о добрѣ, долженъ былъ совершить нѣчто другое, то, обсуждая съ этой точки зрѣнія вопросъ о вмѣняемости преступныхъ дѣяній, мы должны предположить, что повелѣніе закона, невыполненное виновнымъ, входитъ, какъ моментъ, въ идею благого. Но возможно ли такое отождествленіе? Какъ согласовать понятіе ограниченнаго, преходящаго, составляющее необходимое свойство закона, съ понятіемъ абсолютности, лежащей въ идеѣ благого? А при этомъ мы не должны забывать, что для вмѣняемости необходимо, чтобы велѣнія права не только входили, какъ часть, въ идею благого, но и сознавались

доказательства для утвердительнаго или отрицательнаго отвѣта на этотъ вопросъ не существуетъ. На это непосредственное чувство свободы ссылались и такіе мыслители, какъ Фихте, Якоби, Шеллингъ,—ср. рядъ любопытныхъ цитатъ за и противъ этого аргумента у Göring'а, стр. 58 и сл.

тѣмъ, кому мы вмѣняемъ дѣяніе, какъ проявленіе этой идеи. Какъ же разрѣшить вопросъ въ тѣхъ случаяхъ, когда мы съ достовѣрностью можемъ утверждать, что, по воззрѣнію обвиняемаго, данное велѣніе не только не почиталось проявленіемъ абсолютнаго добра, но, наоборотъ, разсматривалось имъ какъ продуктъ ограниченнаго, продуктъ человѣческаго эгоизма, грубой силы и т. п.? Можемъ ли мы признать подобное лицо безотвѣтственнымъ, или же мы должны создать особую теорію вмѣняемости для нарушеній формальнаго права, или же, наконецъ, должны сказать, что идея абсолютнаго блага заключаетъ въ себѣ, какъ составной элементъ, согласіе лица съ требованіями закона, каковъ бы послѣдній ни былъ, что всякое неисполненіе требованій власти есть отпаденіе воли отъ ея идеальной сущности?

341. Далѣе, согласившись съ принципомъ вмѣняемости, выставленнымъ этою доктриною, мы едва ли можемъ согласовать его съ раціональною теоріею наказуемости, съ понятіемъ о наказаніи, какъ о юридической охранѣ правоваго порядка. Если основою вмѣненія является только отпаденіе воли отъ ея идеальной сущности, противорѣчіе ея идеи справедливости, то единственнымъ раціональнымъ содержаніемъ наказанія будетъ возданіе, возмездіе. Какъ скоро воля отреклась отъ своей сущности, какъ скоро совершилось отпаденіе единичной воли отъ общей, то создалось и основаніе наказуемости отпадшей воли: отрицаніе полной свободы дѣйствій человѣческихъ естественно устраняетъ возможность смотрѣть на наказаніе, какъ на возмездіе (1).

Наоборотъ, всякое представленіе о наказаніи, какъ о цѣлесообразномъ проявленіи государственной дѣятельности, не можетъ

(1) Биндингъ замѣчаетъ, что всѣ противники свободы воли суть прирожденные враги абсолютныхъ теорій наказаній; но нельзя не прибавить, что и самыя эти теоріи все болѣе и болѣе теряютъ почву въ современной доктринѣ; причисляющія себя къ этой группѣ построенія новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ—Гуго Мейера, Бара и въ особенности самаго Биндинга, содержатъ такъ много отступленій отъ принципа теорій абсолютныхъ, что ихъ скорѣе можно зачислить въ ряды относительныхъ теорій. Ср. замѣчанія объ отношеніи индетерминизма и детерминизма къ ученію о наказаніи у Jancka, Strafschuld, стр. 39, и въ статьѣ Меркеля объ учебникѣ Гельшнера въ Zeitschrift Liszt'a за 1881 г.

быть совмѣстимо съ доктриною свободы воли: это замѣчаніе одинаково относится къ теоріямъ устрашенія, предупрежденія, исправленія. Даже такое примитивное понятіе о наказаніи, какое мы встрѣчаемъ, напр. въ уложеніи царя Алексѣя Михаиловича, требовавшемъ казни для того, чтобы инымъ не повадно было такъ дѣлать, предполагаетъ опредѣляемость преступника извѣстными данными въ моментъ дѣйствія; еще сильнѣе, конечно, выдвигается это требованіе въ теоріи, разсматривающей наказаніе какъ средство общественной борьбы съ преступностью. Въ виду этого можно, перефразируя приведенныя выше слова Кестлина, сказать: если мы признаемъ неподчиненность человѣческихъ дѣйствій закону причинности, какъ закону всѣхъ конечныхъ явленій, то мы можемъ говорить о мести, возмездіи, но не можетъ быть и рѣчи о наказаніи, какъ юридическомъ институтѣ, о цѣлесообразной карательной государственной дѣятельности.

342. Остается разсмотрѣть основанія, на которыхъ покоится самое предположеніе о произвольности человѣческой волеопредѣляемости. Какъ мы видимъ, главнымъ аргументомъ является свидѣтельство нашего сознанія, но можно ли положиться на такое свидѣтельство? Не считаетъ ли себя человѣкъ свободнымъ, какъ замѣтилъ еще Спиноза, только потому, что онъ видитъ дѣйствія и не въ состояніи подмѣтить ихъ причины (1)?

---

(1) Маудсли, Физіологія души, пер. Исаина, 1871 г., стр. 174, указываетъ, что человѣкъ бываетъ наиболѣе убѣжденъ, что онъ говоритъ и дѣйствуетъ съ полною свободою тогда, когда онъ наименѣе свободенъ, въ пьяномъ видѣ, во снѣ, въ состояніи страсти. Еще съ большимъ правомъ это замѣчаніе примѣнимо къ помѣшаннымъ. Существенный признакъ сумасшествія, говоритъ Гризингеръ, заключается: во 1-хъ, въ томъ, что извѣстныя состоянія мозга, извѣстныя настроенія чувства, волненія, сужденія, возникаютъ извнутри, тогда какъ въ здоровомъ состояніи они вызываются только достаточными внѣшними побужденіями; во 2-хъ, въ томъ, что сила и продолжительность ощущеній и представленій поддерживается и развивается только извнутри. Безпричинность душевныхъ состояній у психическихъ больныхъ является исключительно господствующею. Уже Спиноза замѣтилъ, что и брошенный камень, если бы сознавалъ свое движеніе, представлялъ бы себя свободнымъ и думалъ бы, что онъ только потому продолжаетъ свое движеніе, что онъ того хочетъ; Лейбницъ сравнивалъ свободу чело-

Мы дѣлаемъ критеріумомъ наше сознаніе; но кто же не знаетъ, какъ часто ошибочны бываютъ его представленія? Заблужденія сознанія бываютъ не только индивидуальны, но и коллективны, господствуютъ цѣлые вѣка, переживаютъ даже ихъ научное ниспроверженіе: не подсказываетъ ли намъ ежедневно наше сознаніе, что солнце движется вокругъ земли, а между тѣмъ вѣка прошли послѣ научнаго ниспроверженія этой гипотезы. Сознаніе можетъ быть не погрѣшимо относительно факта, имъ свидѣтельствуемаго, но оно въ тоже время можетъ быть погрѣшимо относительно истины. Не представляется ли такимъ же заблужденіемъ сознаніе человѣка о свободѣ своихъ дѣйствій? Не надо забывать, что сознаніе открываетъ извѣстное состояніе духа въ данную минуту, но не открываетъ длиннаго ряда причинъ, отъ которыхъ зависитъ это состояніе. Мало того, анализируя данныя нашего сознанія о свободѣ нашихъ дѣйствій, мы встрѣтимся тамъ съ указаніями иного порядка. Не говоритъ ли намъ наше сознаніе, что, зная извѣстное лицо, его характеръ, степень развитія, мы можемъ съ достаточною безошибочностью предсказывать его поведеніе и дѣйствіе въ извѣстныхъ обстоятельствахъ; не являются ли для насъ оскорбительными предположенія людей намъ близкихъ о возможности совершенія нами извѣстнаго поступка и не упрекаемъ ли мы ихъ за подобныя предположенія? Но какія же данныя нашего сознанія скрываются за подобными требованіями? Очевидно, убѣжденіе, что наши поступки суть результаты не произвола, а опредѣленныхъ предыдущихъ.

Такимъ образомъ, наше сознаніе не можетъ служить непреодолимымъ аргументомъ въ пользу разбираемой доктрины, тѣмъ болѣе, что противъ нея выставляются весьма сильныя возраженія, имѣющія болѣе точный характеръ.

вѣческихъ дѣйствій съ свободою магнитной иглы обращаться или не обращаться къ полюсу. Ср. Göring, стр. 63. Весьма интересную постановку ученія о свободѣ человѣческихъ дѣйствій можно найти у Sigwart, «Das Problem von der Freiheit und Unfreiheit des menschlichen Wollens, 1839 г., и въ сочиненіи Шопенгауера, über die Freiheit des Willens, въ его Grundproblem der Ethik, изд. 1860 г. Ср. также Bünger, Die Selbstbestimmung des verbrecherishen Willens und das Kausalitätsgesetz въ Zeitschrift, 1887 г., № 1, стр. 80—133.

Всѣ научныя открытія послѣднихъ столѣтій, весь процессъ человѣческаго знанія, сводятся къ раскрытію принципа законосообразности въ окружающихъ насъ явленіяхъ: тамъ, гдѣ умъ человѣческій видѣлъ доселѣ простое дѣйствіе случая или вмѣшательство сверхъестественныхъ силъ, научный анализъ открываетъ постоянные элементы, допускающіе подведеніе этихъ явленій подъ точные законы, примѣненіе къ нимъ исчисленія и измѣренія.

Это безусловное господство закона причинности охватываетъ весь конечный міръ, начиная отъ космическихъ явленій вселенной и кончая жизнью и дѣятельностью едва замѣтныхъ, даже и подъ микроскопомъ, инфузорій. Можемъ ли мы выдѣлить изъ общей цѣпи существъ и явленій человѣка и его дѣятельность? Можемъ ли мы представить себѣ громадную пропасть, отдѣляющую этотъ малый міръ—микрокосмосъ, отъ всего сущаго? Гордый человѣческій умъ дѣйствительно пытался противопоставить себя всему остальному творенію; философскій идеализмъ, какъ субъективный, такъ и объективный, возвелъ въ апотеозъ это самомнѣніе, разсматривая человѣческую личность, какъ самосознающее проявленіе того абсолютнаго духа, который безлично и безсознательно живетъ въ природѣ, или даже возводя человѣческое *я* на степень творца этой природы; но, по справедливому замѣчанію Вагнера (¹), всѣ новѣйшія открытія положительныхъ наукъ вырывали камень за камнемъ изъ царственнаго вѣнца, украшавшаго человѣка. Земля, которая составляла подножіе его величія, изъ центра космоса сдѣлалась, съ успѣхами астрономіи, незначительнымъ элементомъ системы, въ свою очередь теряющейся въ безконечной массѣ системъ, составляющихъ космосъ; тѣ явленія природы, въ которыхъ человѣкъ прозрѣвалъ гласъ Божества, возвѣщавшій именно ему горе и радость, бѣдствія и страданія, какъ громъ и молнія, радуга и кометы и т. п., раскрыты и разъяснены, сведены къ простымъ физическимъ и астрономическимъ явленіямъ; вмѣстѣ съ тѣмъ и самъ человѣкъ изъ сосредоточія мірозданія сдѣлался простымъ звеномъ въ общей цѣпи существъ, звеномъ, хотя и

(¹) Die Gesetzmässigkeit in den scheinbarwillkührlichen menschlichen Handlungen, 1864 г., стр. 3; то же Quetelet, Physique sociale, 1869 г., стр. 98.

замыкающимъ эту цѣпь, но тѣмъ не менѣе тѣсно и неразрывно связаннымъ съ предшествующими звеньями, а потому и долженствующимъ, повидимому, подчиняться тѣмъ же законамъ.

Далѣе, самыя явленія, совершающіяся въ человѣкѣ, въ его психической жизни, стали также предметомъ точнаго анализа. Мышленіе и его процессы сводятся къ опредѣленнымъ эмпирическимъ началамъ; разнообразныя психическія явленія, ощущенія, чувствованія подвергаются измѣренію, физическому и математическому изученію.

Наконецъ, изученіе тѣхъ дѣйствій человѣка, которыя именно почитаются продуктами его свободной рѣшимости, не только показало, что они проявляютъ постоянство и правильность, свидѣтельствующія, что и въ нихъ осуществляются извѣстные законы, но и установило ихъ извѣстную связь и зависимость отъ космическихъ, физическихъ и соціальныхъ явленій и событій. Моральная статистика, изучая такія проявленія человѣческой свободы, какъ бракъ, самоубійство, преступленія, установила не только пропорціональное соотношеніе ихъ съ численностью населенія, но и условія ихъ географическаго распредѣленія, соотношеніе ихъ съ временами года, съ температурою и т. п.; она указала, что какъ ни свободенъ, повидимому, выборъ лицъ брачащихся, но вѣроятность вступленія въ бракъ лицъ того или другаго возраста, дѣвицъ и вдовъ, можетъ быть вычислена заранѣе, что можетъ быть предугадано количество браковъ, поражающихъ по различію возраста мужа и жены и т. п.; статистика указала, что выборъ оружія убійства, рода смерти и т. п. стоитъ въ зависимости отъ внѣшнихъ, опредѣляющихъ человѣка, условій.

А всѣ эти соображенія приводятъ къ тому заключенію, что всѣ дѣйствія человѣка, съ коими имѣетъ дѣло уголовное право, не произвольны, а подчинены общему закону причинности, въ силу чего и становится возможною раціональная теорія наказанія, какъ спеціальнаго вида борьбы общества съ преступленіемъ (¹).

(¹) Фейербахъ еще въ 1799 г. въ своемъ Revision, I, стр. 319—321 высказалъ: «на сколько человѣкъ является объектомъ нашего опыта, наблюденій нашего разсудка, на столько мы должны разсматривать его, какъ одно изъ явленій природы,

343. Не находя, такимъ образомъ, возможнымъ построить ученіе объ уголовной вмѣняемости на теоріи индетерминизма, мы должны обратиться къ теоріямъ противоположнымъ, признающимъ человѣческіе поступки подчиненными общему закону достаточной причины, господствующему во всемъ конечномъ мірѣ. Но въ этой группѣ мы встрѣчаемъ два оттѣнка: первый—я бы полагалъ возможнымъ назвать теоріею необходимости человѣческихъ дѣйствій, теоріею фатализма или нецессаріанизма въ тѣсномъ смыслѣ, а второй—теоріею закономѣрности человѣческихъ дѣйствій ([1]). Первая теорія признаетъ безусловное тождество явленій природы и дѣйствій человѣка, такъ что лишеніе жизни, учиненное злоумышленникомъ, умалишеннымъ, животнымъ, молніею,—по существу представляютъ совершенно сходное явленіе; вторая теорія, напротивъ того, сохраняетъ это различіе, ища его основанія въ свойствѣ силъ, созидающихъ явленіе, противопоставляя безсознательныя силы, силамъ, способнымъ сознавать существо и значеніе производимаго ими.

Особенно многочисленны и разнообразны попытки первой груп-

какъ существо, подчиненное неизмѣнному естественному закону причинности...... Путемъ опыта мы не откроемъ въ немъ свободы; все, что онъ дѣлаетъ—предопредѣляется неизмѣнными законами природы; онъ является только посредникомъ, черезъ котораго дѣйствуетъ природа. Въ воспитаніи человѣка, въ его организаціи, въ его извнѣ возбужденныхъ представленіяхъ, въ свою очередь опредѣляющихъ его пожеланія, въ разнообразныхъ особенныхъ видоизмѣненіяхъ его характера, въ силу которыхъ его пожеланія именно направляются на осуществленіе данныхъ представленій и данный предметъ разсматривается, какъ объектъ наслажденія, наконецъ, въ случайно извнѣ приходящихъ условіяхъ, дѣлающихъ его особенно чувствительнымъ для опредѣленнаго рода впечатлѣній—во всемъ этомъ заключается основаніе всѣхъ дѣйствій и поступковъ человѣка. Свобода и независимость отъ естественныхъ причинъ есть сверхчувственное отвлеченное понятіе, которое для нашего разсудка не имѣетъ никакого значенія... Безъ цѣли, безъ мотива никто не опредѣляется къ дѣятельности; безъ побужденій ожидаемаго удовольствія или устраняемаго неудовольствія никто не совершитъ преступленія».

([1]) Первый обзоръ этихъ теорій и отношенія ихъ къ уголовному праву былъ сдѣланъ въ русской литературѣ, П. Неклюдовымъ въ его приложеніяхъ къ учебнику Бернера, стр. 50 и сл.; подробно изложенъ этотъ отдѣлъ въ моемъ курсѣ, 1874 г., I, № 23 и сл.; см. также у Н. Сергѣевскаго, стр. 266. Во французской и нѣмецкой литературахъ онъ и нынѣ излагается не въ учебникахъ, а въ монографіяхъ; такъ, напр., ученія матеріализма и предопредѣленія въ ихъ отношеніи къ уголовному праву подробно изложены и разобраны у Биндинга во 2-мъ томѣ его Normen, 1878 г., § 32.

пы, хотя само собою разумѣется, что подробный обзоръ и разборъ ихъ не можетъ имѣть мѣста въ курсѣ уголовнаго права; я приведу только въ видѣ примѣра нѣкоторыя ученія представителей двухъ оттѣнковъ нецессаріанизма: субъективнаго, доказывающаго необходимость человѣческихъ дѣйствій, основываясь на свойствахъ человѣческой организаціи, и объективнаго, защищающаго нецессаріанизмъ на основаніи наблюденій цѣлаго общества и его историческаго развитія.

344. Наиболѣе старою представительницею перваго оттѣнка является теорія сенсуалистовъ, разработанная въ примѣненіи къ уголовному праву извѣстнымъ нѣмецкимъ юристомъ Гоммелемъ. Гоммель изложилъ свою теорію въ сочиненіи, изданномъ имъ подъ псевдонимомъ Іоха, въ концѣ прошлаго столѣтія, «о наградахъ и наказаніяхъ по турецкимъ законамъ» ([1]), въ сочиненіи, которое и нынѣ, не смотря на цѣлое столѣтіе, насъ отъ него отдѣляющее, читается съ большимъ интересомъ, благодаря въ особенности живому, образному изложенію.

Въ природѣ, насъ окружающей, говоритъ Гоммель, мы находимъ непрерывную, тѣсную связь явленій, какъ одновременно существующихъ, такъ и послѣдующихъ. Въ мірѣ конечныхъ явленій нѣтъ причинъ главныхъ и второстепенныхъ, близкихъ и отдаленныхъ, и отъ ничтожнаго, по видимому, факта могутъ произойти міровыя событія. Если бы Богъ, замѣчаетъ Іохъ, долженъ былъ уничтожить какой либо атомъ мірозданія, то и земля, и небо распались бы. А между тѣмъ въ эту цѣпь причинностей вплетена и наша воля, или, правильнѣе говоря, ея проявленія: допустивъ ея безусловную свободу, независимость, не должны ли мы будемъ отказаться отъ признанія тѣсной связи и зависимости всѣхъ прочихъ міровыхъ явленій?

([1]) Alexander von Joch, über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen, 1 изд. 1770 г., 2-е 1772 г. Ср. любопытный разборъ этого труда, появившійся еще послѣ перваго изданія: Erstes Sendschreiben an Herrn Alexander von Joch beider Rechte Doctor von Alexander von Frei keiner Rechte Doctor, 1771 г. Разборъ теоріи Іоха былъ сдѣланъ еще Бернеромъ въ его Imputationslehre, стр. 18 и сл.

Къ этимъ космическимъ основамъ Гоммель присоединяетъ и психологическія соображенія, построенныя по началамъ ученія сенсуалистовъ о полной зависимости нашего психическаго міра отъ внѣшнихъ впечатлѣній. Изъ ничего не можетъ быть что либо, а потому было бы безсмысленно утверждать, что воля творитъ свое содержаніе безъ достаточныхъ основаній; напротивъ того, опытъ указываетъ намъ, что воля опирается или на животныя побужденія, или на представленія разсудка. Такимъ образомъ, въ волѣ не можетъ быть ничего, чего бы не было въ разсудкѣ, а въ разсудкѣ ничего, чего бы не было въ чувствахъ; душа человѣка, это—tabula rasa, на которой содержаніе вписывается исключительно природою. Воля наша подобна вѣсамъ: она всегда будетъ въ покоѣ, пока впечатлѣнія или представленія ума не наклонятъ ее въ ту или другую сторону; но, подобно вѣсамъ, она не въ состояніи изъ себя произвести тяжесть, нарушающую равновѣсіе. Защитники свободы воли ссылаются на ежеминутно повторяющійся актъ сознанія, но они не могутъ привести ни одного факта, подтверждающаго ссылку; притомъ же, многіе ли изъ защитниковъ этого аргумента дѣйствительно въ него вѣрятъ? Большинство этихъ защитниковъ, остроумно замѣчаетъ Іохъ, увѣряя въ свободѣ своихъ дѣйствій, немедленно затѣмъ готовы бѣжать къ цыганкѣ, чтобы гадать о будущемъ. Все ученіе о природѣ человѣческихъ дѣйствій Іохъ резюмируетъ такимъ стихомъ:

Frei und Sclave, wie man will. Endiich hab'ich es gefunden:
Frei von sichtbarlichem Zwange, bin ich unsichtbar gebunden.

Единственнымъ источникомъ нашей психической дѣятельности являются ощущенія, воспринятія нашихъ чувствъ; вся остальная психическая дѣятельность сводится къ механическимъ законамъ переработки; отсюда естественный шагъ къ фаталистической теоріи всей космической жизни.

Міровыя явленія не только совершаются по закону достаточной причины, но покоятся на началѣ необходимости. Все, что совершилось, не только было необходимо при данныхъ условіяхъ и въ данное время, но было необходимо безусловно. Отъ вѣчности предопредѣлено каждое событіе и ничто въ мірѣ не можетъ измѣнить теченіе жизни. Если я хочу чего нибудь, то я хочу

не только въ силу достаточной къ тому причины, но и въ силу того, что мое хотѣніе также неизбѣжно, какъ паденіе тѣла на землю: оно предопредѣлено заранѣе.

Переходя къ вопросамъ права и нравственности, Гоммель проводитъ и здѣсь то же начало необходимости. Похвала и порицаніе, съ которыми мы относимся къ какому либо факту, не создаются нами, а являются продуктомъ красоты или недостатка и ихъ воздѣйствія на наши чувства. Въ сердце человѣка вложено, что мы должны любить и награждать то, что укрѣпляетъ человѣческое общество, ненавидѣть и наказывать то, что ему вредитъ. Наше порицаніе, угрызенія совѣсти возникаютъ тѣмъ же путемъ, какъ и отвращеніе къ предметамъ внѣшняго міра: они необходимый продуктъ самыхъ явленій.

Въ человѣкѣ все дано извнѣ. Если ты вѣришь въ Христа, то это не твоя заслуга, а Божья милость, не вѣришь—это только твое несчастье. Ты сдѣлался разбойникомъ не по собственному произволу, а по достаточнымъ причинамъ, ты сдѣлался такимъ, потому что не могъ быть инымъ. Но какъ же объяснить, при такомъ взглядѣ на преступленіе, наказуемость этихъ дѣяній, какъ не тѣмъ же предвѣчнымъ предопредѣленіемъ? Я смотрю на повѣшеніе, говоритъ авторъ, какъ на нѣчто необходимо слѣдующее за извѣстнымъ дѣяніемъ. Какъ же можно повѣсить вора, спрашиваетъ Гоммель, если онъ таковъ по своей природѣ? Зачѣмъ бьешь ты осла за его глупость, отвѣчаетъ онъ на это; зачѣмъ убиваешь волка или бѣдную блоху, такъ какъ и они кровожадны по своей натурѣ? Кто намъ вредитъ, того мы убиваемъ. Дѣйствуешь ли ты несправедливо, убивая бѣшеную собаку? Назовешь ли ты несправедливымъ Бога за то, что онъ допустилъ родиться кому либо слѣпымъ? Конечно, человѣкъ ни собака, ни блоха, ни волкъ, но они сходны въ одномъ: ихъ поступки не могутъ быть имъ вмѣняемы, т. е. не могутъ быть признаны продуктами ихъ свободной воли.

Къ тѣмъ же выводамъ, хотя и по другимъ основаніямъ, приходятъ и другіе представители этого оттѣнка детерминизма [1]. Такъ,

---

[1] Подробный обзоръ этихъ теорій въ моемъ курсѣ, I, № 24 и сл.

френолого - краніоскопическая школа ([1]), выходя изъ того положенія, что всѣ наши идеи, наклонности, стремленія соврожденны человѣку, растутъ и развиваются вмѣстѣ съ развитіемъ организма, даже могутъ быть изслѣдуемы и изучаемы путемъ внѣшняго анатомическаго изслѣдованія организма, въ частности путемъ измѣренія и обслѣдованія черепа, его бугровъ и впадинъ, также какъ и противоположное этой доктринѣ психологическое ученіе сенсуализма, отрицаетъ всякую самобытность человѣческаго ума, всякое значеніе личныхъ психическихъ силъ человѣка. Поэтому, хотя ни основатель теоріи, Галль, ни его послѣдователи, какъ Шеве, не отрицали ни свободы воли, ни уголовной вмѣняемости и отвѣтственности, требуя только, чтобы вся существующая система наказаній была отброшена, такъ какъ она портитъ преступника и физически, и нравственно, относится къ преступному дѣянію, такъ сказать, поверхностно и, допускали сохраненіе только тѣхъ карательныхъ мѣръ, которыя даютъ возможность бороться съ преступными наклонностями въ ихъ корнѣ, но такъ какъ, по теоріи френологовъ, преступленіе должно разсматриваться какъ послѣдствіе несчастнаго развитія однихъ органовъ въ ущербъ другимъ, а потому и является скорѣе анатомическою аномаліею, то и наказаніе должно быть ортопедическою мѣрою, направленною на измѣненіе организаціи преступника, или же должно состоять въ изверженіи его изъ человѣческаго общества, въ уничтоженіи неисправимаго.

Далѣе, къ этой же группѣ должна быть отнесена психіатрическая теорія преступности ([2]), признающая преступленіе не продук-

---

([1]) Указанія на литературу о теоріи френологовъ, въ моемъ курсѣ, I. стр. 63. Наиболѣе полную попытку примѣненія теоріи френологовъ къ уголовному праву сдѣлалъ Данквардтъ въ его Psychologie und Criminalrecht, 1863 г. Къ этой же группѣ должна быть отнесена и кефалометрія (теорія черепомѣровъ) Harambert'а, а равно во многихъ отношеніяхъ весьма любопытная Symbolik des menschlichen Gestalt von Karus (2 изд. 1858 г.), пытавшагося установить теорію соотношенія умственныхъ и нравственныхъ проявленій человѣка со всею человѣческою конституціею, во всѣхъ ея подробностяхъ. Ср. о системѣ Галля у Дриля, молодые преступники, стр. 125 и сл.

([2]) Prospére Despine, Psychologie naturelle, 1868 г. 3 т.; изложеніе его теоріи вмѣняемости было сдѣлано Крафтъ-Эбингомъ въ особой статьѣ въ Algemeine Strafrechtszeitung за 1871 г., стр. 483; ср. Дриль, молодые преступники, стр. 137 и сл.

томъ анатомическихъ аномалій человѣческаго организма, а патологическимъ явленіемъ; теорія, достигающая крайняго предѣла въ извѣстномъ афоризмѣ, что преступленіе есть особенный видъ психическаго разстройства. И при этой постановкѣ нѣтъ различія вмѣняемости и невмѣняемости, а всѣ явленія и поступки, добрые и злые, преступные и непреступные, представляются также подчиненными закону необходимости, какъ и симптомы какого либо тифа, падучей болѣзни и т. п. Тѣ же замѣчанія вполнѣ примѣнимы и къ осложненнымъ типамъ психіатрической теоріи, какъ напр. къ ученію Томпсона, объясняющаго преступность не столько психическимъ разстройствомъ, сколько психическимъ вырожденіемъ преступника, такъ какъ и при ея послѣдовательномъ проведеніи всякій преступникъ является психически больнымъ, а потому, въ смыслѣ юридическомъ, невмѣняемымъ субъектомъ.

Наконецъ, къ группѣ субъективнаго детерминизма должна быть отнесена и новая итальянская школа антропологовъ, представляющая какъ бы соединеніе доктрины френологовъ и психіатровъ; по крайней мѣрѣ съ такимъ детерминистическимъ характеромъ является эта доктрина у ея основателя Ломброзо, въ особенности въ послѣднемъ изданіи его «Преступнаго человѣка», въ которомъ типы прирожденныхъ преступниковъ и душевнобольныхъ слиты въ одну общую группу. Преступникъ, по его ученію, рѣзко выдѣляется своими аномаліями изъ окружающей среды; строеніе его черепа, лицевой уголъ, черты лица, отличны отъ общихъ признаковъ націи, къ которой принадлежитъ преступникъ; они напоминаютъ признаки иныхъ расъ, преимущественно расъ вымершихъ; въ нихъ наглядно проявляется теорія атавизма; также отличны способъ выраженія преступниковъ, ихъ языкъ, ихъ нравы и привычки, даже ихъ способъ мышленія; изслѣдуя ихъ прошлое, ихъ генеалогію, мы найдемъ среди ихъ сородичей, въ ихъ семьѣ, умалишенныхъ, эпилептиковъ, пьяницъ. Все это свидѣтельствуетъ, что въ каждомъ обществѣ существуютъ индивидуумы съ преступною организаціею, которые, подъ вліяніемъ космическихъ, физическихъ, а иногда и соціальныхъ условій общественной жизни, необходимо влекутся въ преступную дѣятельность, такъ что для нихъ учиненіе преступленія столь же неизбѣжно,

какъ и для всякаго тѣла осуществленіе вѣковѣчныхъ законовъ природы (¹).

Всѣ предшествующія группы—сенсуалисты, френологи, психіатры, антропологи—доказываютъ необходимость актовъ человѣческой дѣятельности, основываясь на аналогіи или сходствѣ этихъ актовъ съ явленіями внѣшняго міра, не предрѣшая вопроса о тождествѣ или различіи силъ, въ нихъ проявляющихся; мало того, большинство писателей этой группы, особенно изъ старыхъ, тщательно защищаются противъ всякихъ обвиненій въ матеріализмѣ, объявляя себя спиритуалистами. Понятно, поэтому, что еще полнѣе должна была примкнуть къ детерминизму школа, указывающая на то, что за формальнымъ сходствомъ процессовъ психическихъ и физическихъ скрывается единство творящихъ ихъ силъ (²). Жизнь во

(¹) Dubuisson, въ archives de l'anthropologie criminelle, 1887 г., № 8, стр. 126, по поводу антропологической школы замѣчаетъ: она не довольствуется измѣреніемъ череповъ и хочетъ изучать всего живаго преступника; она взвѣшиваетъ, мѣритъ, изслѣдуетъ его скелетъ, его мускулатуру, его различные органы; она сравниваетъ между собою различныя части его тѣла, розыскиваетъ каждыя малѣйшія аномаліи; затѣмъ она изучаетъ его мускульную силу, его нервную воспріимчивость, его чувствительность, его болѣзни; наконецъ, она изслѣдуетъ его умственныя и нравственныя способности, его привычки, его вкусы; такимъ образомъ, итальянская школа приходитъ къ созданію типа преступника . . . . . Этотъ типъ рисуется ею слѣдующими главными чертами. Физически преступникъ великъ и грузенъ; по длинѣ своихъ рукъ онъ приближается къ четверорукимъ; вмѣстимость черепа ниже средняго; по черепу они по большей части короткоголовы; съ покатымъ лбомъ, выступающими впередъ надбровными дугами, сильно развитыми челюстями, торчащими извилистыми ушами; весьма часто между ними встрѣчается черепная и лицевая несимметричность, неправильный носъ. У нихъ замѣчается неспособность къ распознаванію цвѣтовъ, косоглазіе, нервныя подергиванія, многочисленныя пораженія чувствительности, замѣчательное нерасположеніе къ болѣзнямъ сердца. Въ нихъ проявляются, однимъ словомъ, всѣ анатомическіе и физіологическіе признаки вырожденія. Съ нравственной стороны они проявляютъ болѣе хитрости, чѣмъ ума, болѣе подражательности, чѣмъ самопочинности; они выказываютъ нечувствительность къ страданіямъ, но боятся опасности; они тщеславны, обжорливы, лѣнивы, лживы, склонны къ мести и свирѣпы въ мщеніи». Сочиненіе Lombroso, l'uomo delinquente переведено въ 1887 г. на французскій языкъ Regnier и на нѣмецкій Fränkel'емъ.

(²) Max Stirner, das Einzige und seine Eigenthum, 1845 г.; Czolbe, die neue Darstellung des Sensualismus, 1855 г.; Moleschott, der Kreislauf des Lebens, 1863 г.; Büchner, über den Menschen, 1870 г.; подробное изложеніе матеріализма и его отношенія къ другимъ философскимъ и психологическимъ доктринамъ у Lange въ его прекрасномъ трудѣ: Geschichte des Materialismus, 2 изд. 1874 г. Особенное значеніе по отношенію къ интересующему насъ вопросу имѣетъ сочиненіе Фишера:

всѣхъ ея проявленіяхъ, говоритъ эта доктрина, есть результатъ различныхъ комбинацій матеріи, наступающихъ необходимо тамъ, гдѣ только существуютъ нужные для того элементы, а такъ какъ матерія безусловно подчиняется законамъ физическимъ и химическимъ, то и ея дѣятельность—жизнь—должна носить чисто механическій характеръ.

345. Болѣе однообразія представляютъ теоріи объективнаго детерминизма, первенствующее мѣсто между коими занимаетъ религіозный детерминизмъ, ученіе предестинаціонистовъ. Начало этого ученія въ христіанскомъ мірѣ восходитъ еще ко времени знаменитаго спора Пелагія и Юліана съ Августиномъ [1]; а затѣмъ въ числѣ защитниковъ ученія о предопредѣленіи мы встрѣчаемъ рядъ

über die Freiheit des menschlichen Willens, 2 изд. 1871 г.; Фишеръ, впрочемъ, выходя изъ принциповъ матеріализма, думаетъ согласовать принципъ матеріализма съ принципомъ личной отвѣтственности, причемъ, въ сущности, незамѣтно для себя, переходитъ въ группу теорій закономѣрности. Совпаденіе, говоритъ онъ, нашихъ ощущеній есть основаніе однообразія нашихъ представленій; поэтому какъ скоро мы оказываемся согласными относительно чувства и страданія, то въ насъ возникаютъ и общія представленія о добрѣ и злѣ, правдѣ и неправдѣ. Такъ какъ въ главныхъ чертахъ люди сходны всегда между собою, то и понятія добра, права, имѣютъ абсолютный характеръ; насколько въ понятіи о благѣ заключается измѣняющееся во времени и по мѣсту понятіе личнаго интереса, настолько и понятія права и нравственности относительны, подлежатъ дѣйствію прогресса и регресса. Относительно индивидуальнаго зла Фишеръ замѣчаетъ, что оно хотя и оказывается естественнымъ явленіемъ, но, подобно тому, какъ человѣческое общество защищаетъ себя противъ явленій природы, защищается оно и противъ злыхъ поступковъ человѣка. Громоотводы, плотины и законы суть сходныя явленія. Въ силу того начала, что человѣкъ всегда дѣйствуетъ по мотивамъ, общество въ своихъ законахъ пытается создать для него основы дѣятельности. Въ человѣкѣ заключается основаніе вины и отвѣтственности, также, какъ въ немъ заключается и источникъ страданія за его органическія болѣзни, источникъ симпатій и антипатій, внушаемыхъ другимъ людямъ; при отвѣтственности за преступленія человѣкъ въ существѣ очень часто отвѣчаетъ за разсѣянность, плохую память, несообразительность и т. п. Наказаніе не можетъ произвести измѣненіе характера человѣка, но оно создаетъ для него мотивъ, который въ будущемъ, при подобныхъ же условіяхъ, можетъ удержать его отъ проступка. Наказаніе есть средство сдѣлать человѣка безвреднымъ для общества.

(1) F. Baur, die christliche Kirche vom Anfang des vierten bis zum Ende des sechsten Jahrhunderts, 1863 г., стр. 123—180; объ аналогичномъ спорѣ между сунитами и шіитами см. у S. Meyer, Geschichte des Strafrechts, 1881 г., стр. 184. Спеціальный обзоръ ученія о свободѣ воли съ точки зрѣнія теологической даетъ J. Scholten, der freie Wille, пер. Monchot, 1874 г.; извлеченія изъ его очерка исторіи борьбы индетерминизма съ детерминизмомъ у Кистяковскаго, § 165.

*

выдающихся христіанскихъ мыслителей, какъ Кальвинъ, отчасти Лютеръ, а въ новѣйшее время Бональдъ, Жозефъ де-Местръ и др. Исходная точка ученія Августина—идея о непрерывномъ божескомъ управленіи дѣлами міра; все, что совершается въ мірѣ, является не только предзнаемымъ, но и предопредѣленнымъ, что и выражено въ извѣстномъ евангельскомъ изрѣченіи: «и ни едина отъ нихъ (птицъ) падетъ на землю, безъ Отца вашего; вамъ же и власи главніи всѣ изочтени суть. Не убойтесь убо: множихъ птицъ лучше есте вы» (Матвѣя, 10, 29—31). Допустивъ произвольность человѣческихъ дѣйствій, мы несомнѣнно поколеблемъ предустановленную гармонію, неминуемо придемъ къ отрицанію идеи о божескомъ всемогуществѣ и всевѣдѣніи, поколеблемъ догматъ творенія, истинность пророчествъ, откровеніе Іоанна и т. д. [1]. Очевидно, что этотъ принципъ предопредѣленности всего совершающагося охватываетъ собою и область преступнаго, такъ что преступленія, съ точки зрѣнія ихъ необходимости, отождествляются съ вредомъ, причиняемымъ силами природы, животными и т. д.; но, по мнѣнію предестинаціонистовъ, это положеніе не исключаетъ наказуемости преступниковъ. Человѣкъ не свободенъ, учитъ Кальвинъ, однако онъ отвѣчаетъ за свои дѣянія, потому что первый человѣкъ, совершивъ проступокъ, погубилъ свое потомство. Оттого, по мнѣнію де-Местра, всякое наказаніе, назначаемое властью, справедливо, и въ этомъ отношеніи онъ даже не признаетъ возможности юридическихъ ошибокъ. Наказанія, продолжаетъ онъ, совершенно аналогичны съ болѣзнями, такъ какъ они являются карою за грѣхи наши или нашихъ отцовъ; другими словами, всякое конкретно понесенное наказаніе также предопредѣлено отъ вѣка, какъ и самыя преступленія.

---

(1) Даже Лютеръ, не принявшій предопредѣленія, какъ догматъ, въ своемъ сочиненіи de servo arbitrio говоритъ, между прочимъ: «защитники свободы воли должны неминуемо жариться въ аду... Вѣра въ неотвратимую судьбу есть единственное утѣшеніе въ несчастіи. Тѣ, которые думаютъ соединить идею о божескомъ предопредѣленіи съ свободою человѣческой души, глупы и доказываютъ, что не имѣютъ понятія о дѣлѣ. Какъ скоро мы признаемъ, что не существуетъ божьяго руководительства или судьбы, то уничтожатся и справедливость, и добродѣтель». Въ другомъ мѣстѣ онъ говоритъ: subjectus et servus est vel voluntatis Dei, vel voluntatis satanae.

Другіе доводы въ защиту объективнаго детерминизма приводятся изъ данныхъ моральной статистики, а потому весьма нерѣдко въ группу нецессаріанцевъ зачисляютъ и статистиковъ, хотя нельзя не сказать, что, при ближайшемъ изученіи трудовъ важнѣйшихъ представителей этого направленія, какъ французскихъ—Кетле, Герри, такъ, еще болѣе, нѣмецкихъ—Вагнера, Ваппеуса, Ловенгардта, Дробиша, Эттингена, мы увидимъ, что, свидѣтельствуя постоянство фактовъ общественной жизни, ихъ законоподчиненность, они не признавали ихъ тождества съ явленіями міра физическаго, они нигдѣ не отрицали значительной роли въ этихъ событіяхъ самой самосознающей человѣческой личности. Такимъ образомъ, Кетле, напр., говоритъ (physique sociale, II, стр. 316), что онъ вовсе не думаетъ, что человѣкъ ничего не можетъ сдѣлать для своего улучшенія, такъ какъ, несмотря на постоянство явленій, воля человѣческая можетъ измѣнять ихъ... (I, стр. 99). Какъ членъ общества, отдѣльное лицо каждую минуту подчинено общимъ причинамъ и уплачиваетъ имъ обыкновенную подать; но, какъ человѣкъ, употребляя всю силу своихъ умственныхъ способностей, оно нѣкоторымъ образомъ господствуетъ надъ этими причинами, видоизмѣняя ихъ дѣятельность и стараясь приблизиться къ лучшему состоянію... (I, стр. 148). Сила, видоизмѣняющая дѣятельность общихъ причинъ, развивается съ развитіемъ человѣческаго разума. Въ силу этой способности, общество, взятое въ различныя эпохи его существованія, оказывается измѣненнымъ; мало того, это вліяніе человѣка отражается даже на дѣйствіи законовъ окружающей насъ природы; даже замѣчаемое нынѣ увеличеніе средней человѣческой жизни зависитъ не столько отъ дѣйствія естественныхъ факторовъ, сколько отъ самого человѣка ([1]).

346. Обсуждая доктрину детерминистовъ съ точки зрѣнія, насъ интересующей, мы увидимъ прежде всего, что, при послѣдовательномъ ея проведеніи, представители этого направленія

([1]) Ср. подробное изложеніе теоріи статистиковъ въ моемъ курсѣ, I, №№ 30—32. Подробныя доказательства того, что данныя моральной статистики не могутъ вести ни къ фатализму, ни къ отрицанію наказанія, приведены у Н. Неклюдова, уголовно-статистическіе этюды, 1865 г., стр. 8 и сл.

должны рѣзко противополагаться не только современной уголовной доктринѣ, но и законодательствамъ, относительно самаго понятія о вмѣненіи дѣянія извѣстному дѣятелю. Для нихъ существуетъ и можетъ существовать только вмѣненіе физическое, признаніе внѣшняго причиннаго соотношенія между факторомъ производящимъ и произведеннымъ событіемъ, такъ какъ человѣкъ есть простое орудіе, коимъ дѣйствуютъ внѣ его стоящія, могучія, непреодолимыя силы, а между тѣмъ современное право уголовное, въ отличіе отъ законовъ древнѣйшей формаціи, понятіе уголовнаго вмѣненія опредѣляетъ наличностью не только внѣшней причинной связи, но и внутренней—виновностью. Для детерминиста смерть, причиненная молніею, укушеніемъ бѣшеной собаки, удушеніемъ, которое учинено умалишеннымъ, или выстрѣломъ, сдѣланнымъ съ цѣлью ограбленія убитаго, суть тождественныя событія; единственное различіе, которое можно установить между ними, это отнесеніе одного событія къ результатамъ дѣйствія силъ физическихъ, другаго—къ дѣйствію животнаго и третьяго — къ человѣку; но и это различіе является чисто формальнымъ, и притомъ въ одну общую группу отойдутъ тогда дѣйствія ребенка, умалишеннаго и разбойника. Всякое изслѣдованіе въ теоріи уголовнаго права способности ко вмѣненію и причинъ, ее уничтожающихъ, становится, съ этой точки зрѣнія, излишнимъ.

347. Вмѣстѣ съ тѣмъ, теорія детерминизма, также какъ и доктрина свободной воли, не можетъ послужить базисомъ раціональной теоріи наказанія: преступное дѣяніе является вредоноснымъ, а потому и можетъ вызывать тѣ же послѣдствія, какія вызываютъ прочіе вредоносные акты. Послѣдствія эти могутъ быть или инстинктивныя, или сознательныя. Причиненіе боли рефлективно вызываетъ въ насъ реакцію противъ того, что причиняетъ боль; наказаніе является, какъ и говорилъ Гоммель, такимъ же актомъ, какъ и умерщвленіе укусившей насъ блохи или комара, т. е. наказаніе является грубымъ, безсодержательнымъ возмездіемъ, кровью за кровь и болью за боль, да и то возможнымъ только относительно тѣхъ преступныхъ дѣяній, которыя причиняютъ боль физическую. Мѣры, сознательно принимаемыя въ видахъ устраненія подобной опасности въ будущемъ, могутъ быть, по этой тео-

ріи, двояки: или они могутъ быть физически-предупредительными, какъ, напр., громоотводы по отношенію къ молніи, плотины по отношенію къ разлитію рѣкъ, или физически-истребительными, какъ умерщвленіе бѣшеной собаки, дикихъ звѣрей, сусликовъ, саранчи; слѣдовательно, по отношенію къ преступнику могутъ быть примѣняемы или мѣры предупредительныя—изгнаніе изъ государства, вѣчное заточеніе, или истребительныя—смертная казнь.

Притомъ же, будучи послѣдовательными, защитники этой доктрины должны допустить примѣненіе этихъ мѣръ, какъ скоро будутъ обнаружены признаки преступной организаціи даннаго лица, подобно тому, какъ не будемъ мы дожидаться, для истребленія бѣшеной собаки, чтобы она дѣйствительно искусала кого нибудь; извѣстенъ анекдотъ о томъ, что Галль посовѣтовалъ въ Берлинѣ держать въ тюрьмѣ одного мальчика всю жизнь, такъ какъ поверхность его черепа свидѣтельствовала о невозможности его исправленія; но не будетъ ли въ такомъ же положеніи и адептъ школы Ломброзо, когда ему представятъ субъекта съ самою неприглядною генеалогіею, съ признаками въ организмѣ несомнѣннаго атавизма, съ привычками и обычаями, свидѣтельствующими о принадлежности его къ расѣ преступниковъ?

Нужно ли доказывать, что на такую упрощенную систему наказуемости не согласится ни одно современное государство, въ особенности, если имѣть въ виду, что рѣчь идетъ не о какихъ либо исключительныхъ злодѣяхъ, а о массѣ преступниковъ, которыхъ въ большихъ государствахъ насчитываютъ ежегодно не десятки, а сотни тысячъ. Правда, нельзя не сказать, что къ такой постановкѣ вопроса о вмѣненіи и наказуемости приходятъ весьма немногіе, такъ сказать, наиболѣе прямолинейные представители различныхъ направленій этой группы, а большинство, касаясь вопросовъ нравственности и морали, становятся на болѣе гуманную и раціональную теорію наказуемости, доказывая этою непослѣдовательностью неполноту и односторонность самой теоріи.

348. Доктрина свободы воли опирается на постулируемый, но не доказываемый психологическій актъ сознанія; детерминизмъ, за исключеніемъ ученія предестинаціонистовъ, опирается на опытъ и наблюденіе, и въ этомъ, несомнѣнно, его сила; но, не

вдаваясь въ разборъ и критику опытныхъ основанiй его разновидностей какъ вопроса, лежащаго совершенно внѣ сферы права, нельзя однако не замѣтить, что старѣйшiя ученiя сенсуализма и френологiи признаны современною физiологiею и опытною психологiею односторонними, а потому научно несостоятельными; а болѣе новыя ученiя психiатровъ и антропологовъ, помимо специальныхъ бiологическихъ возраженiй, вызываютъ, особенно съ чисто юридической точки зрѣнiя, упрекъ въ односторонности, натяжкахъ, въ стремленiи къ ни чѣмъ не оправдываемымъ обобщенiямъ, благодаря чему труды важнѣйшихъ представителей этихъ школъ— Despine и Lombroso, представляются въ цѣломъ не опытными, а скорѣе метафизическими изслѣдованiями.

Три главные столба подпираютъ построенiе этихъ школъ: психическое разстройство преступниковъ, наслѣдственность и атавизмъ; посмотримъ, на сколько непоколебимы эти устои.

Несомнѣнно, что лица, психически ненормальныя, весьма склонны къ страннымъ поступкамъ, къ нарушенiямъ порядка и установленныхъ правилъ, къ неисполненiю предъявленныхъ къ нимъ требованiй; что многiя формы душевныхъ болѣзней проявляются въ насильственныхъ дѣянiяхъ, въ стремленiи къ уничтоженiю лицъ и предметовъ; далѣе, несомнѣнно, что потрясенiе, вызванное преступнымъ актомъ, взволнованное состоянiе во время розысковъ, слѣдствiя и суда, само по себѣ способно создать психическое разстройство въ лицахъ, къ тому предрасположенныхъ, что подобное же влiянiе можетъ оказать лишенiе свободы, въ особенности отбываемое долгiе годы; все это даетъ основанiе сказать, что между лицами, совершающими преступное дѣянiе, всегда есть извѣстный процентъ людей ненормальныхъ, душевно-больныхъ, что еще бóльшiй процентъ подобныхъ больныхъ можно найти между подсудимыми, между лицами, сидящими въ тюрьмахъ; но какимъ образомъ можно, обобщивъ это правило, сказать, что все населенiе тюремъ—психически больные, а еще болѣе—какимъ образомъ можно утверждать, что всякое преступное дѣянiе есть продуктъ душевной болѣзни? Не надо забывать, что въ область преступныхъ дѣянiй входятъ не одни звѣрскiя кровожадныя злодѣянiя, а и маловажные проступки и нарушенiя; но кто же рѣшится практически утверждать, что

всякій обругавшій другаго, закурившій папиросу въ недозволенномъ мѣстѣ—умалишенный? Кого же въ такомъ случаѣ признавать психически здоровымъ? Да и между тяжкими преступниками по какому праву мы будемъ признавать душевно-больными всякое лицо, убившее противника на дуэли, или дѣйствовавшее подъ вліяніемъ ревности и притомъ не фантастической, а имѣющей реальное основаніе? Признавая продуктомъ психическаго разстройства всякое преступное проявленіе своекорыстія, почему не распространимъ мы это положеніе на ростовщиковъ, на участвующихъ въ биржевой игрѣ и т. д.? Да и какое псиxіатрическое леченіе можно бы было примѣнить къ этой огромной массѣ лицъ, учинявшихъ преступныя дѣянія?

Также съ осторожностью нужно пользоваться и ссылкою на наслѣдственность. Хотя народная мудрость и говоритъ, что яблоко не далеко отъ яблони падаетъ, но житейскій опытъ свидѣтельствуетъ намъ, что не всегда дѣти преступниковъ, въ свою очередь, становятся преступниками, и наоборотъ, порочность дѣтей не есть безспорный аргументъ для доказательства порочности родителей. Весьма часто тамъ, гдѣ говорятъ о наслѣдственности, скрывается просто вліяніе среды, воспитанія: сыну преступника несомнѣнно всего легче сдѣлаться преступникомъ, но не потому, что онъ унаслѣдовалъ органически свойства своего отца, а въ силу условій своего дѣтства, примѣра, нужды; притомъ же, если можно говорить объ унаслѣдованіи извѣстнаго темперамента, наклонностей, похотливости, хитрости, коварства, жадности, могущихъ быть мотивами преступной дѣятельности, то можно ли отсюда заключать объ унаслѣдованіи склонности къ грабежу, поджогу, изнасилованію?

Наконецъ, еще неустойчивѣе признакъ атавизма и особой преступной организаціи. Наблюденія, произведенныя антропологическою школою, сравнительно такъ малочисленны, что едва ли можно дѣлать изъ нихъ научные выводы; кромѣ того, наблюденіе численности извѣстнаго типа среди тюремнаго населенія можетъ получить значеніе только при установленіи численности этого типа въ народонаселеніи вообще. Доказательство того, на сколько неустойчивы добытыя этою школою данныя, могутъ служить возникшія уже и нынѣ пререканія между послѣдователями этого направленія, такъ, напр.,

Ломброзо считаетъ признакомъ преступнаго типа длинноголовіе, а Брока, основываясь также на произведенныхъ имъ измѣреніяхъ череповъ—короткоголовіе.

Если же признать, что лица, учинившія преступное дѣяніе въ силу психическаго разстройства, наслѣдственности или преступной организаціи, составляютъ только извѣстный процентъ всего числа преступниковъ, напр., преступниковъ по ремеслу или вслѣдствіе привычки, то, конечно, теоретическое и практическое значеніе всѣхъ этихъ ученій значительно возрастаетъ; но за то остается открытымъ вопросъ о вмѣняемости и отвѣтственности прочихъ преступниковъ, не входящихъ въ это процентное число.

349. Предполагаетъ ли однако признаніе подчиненія человѣческихъ дѣйствій закону достаточной причины отождествленіе этихъ дѣйствій съ явленіями внѣшняго міра, вызываемыми силами физическими или космическими?

«Никто не станетъ сомнѣваться въ томъ, говоритъ Джонъ Стюартъ Милль (1), что все, чтобы ни случилось, не могло не

(1) Система логики, переводъ Ф. Резенера, 1867 г., книга VI, глава 2-я, а въ особенности его обзоръ философіи Гамильтона, перев. Хмѣлевскаго, 1869 г., гл. XXVI. Эти сочиненія положены въ основу изложеннаго въ текстѣ ученія о вмѣняемости, общія основанія коего были намѣчены въ моемъ изслѣдованіи о повтореніи преступленій, 1867 г., а затѣмъ, подробно развиты въ моемъ печатномъ курсѣ, 1874 г., I, №№ 34 и сл. На тѣхъ же началахъ построено ученіе о вмѣненіи въ проектѣ уголовнаго уложенія. Изъ русскихъ криминалистовъ вполнѣ присоединился къ этому воззрѣнію Н. Сергѣевскій, стр. 258 и сл.; также Th. Hrehorowicz, Grundbegriffe des Strafrechts, 1-е изд. 1878 г., 2-е 1882 г. Въ новѣйшей германской уголовной литературѣ подобныя же начала были высказаны Jancka, der strafrechtliche Nothstand, 1878 г., § 26; его же, das österreichische Strafrecht, 1884 г., § 45; а въ особенности въ его брошюрѣ: die Grundlagen des Strafrechts, 1885 г.; въ ней Jancka дѣлаетъ оцѣнку и новѣйшихъ попытокъ защиты свободу воли, какъ основанія уголовной вмѣняемости—Гельшнера и Биндинга. Непослѣдовательность и противорѣчивость въ построеніи этой теоріи вмѣняемости, даже у такого строго логическаго писателя, какъ Биндингъ, занимающаго безспорно первенствующее мѣсто между современными криминалистами, свидѣтельствуетъ, что наступаютъ уже послѣдніе часы этой доктрины. Далѣе, къ защищаемому въ текстѣ направленію примкнулъ А. Merkel въ его разборѣ новаго труда Гельшнера «das gemeine deutsche Strafrecht», помѣщенномъ въ Zeitschrift, I, стр. 553 и сл., и Листъ (§§ 28 и 36). По поводу Меркеля Янка замѣчаетъ (стр. 23): «присоединеніе къ этому направленію Меркеля, изслѣдователя права, отличающагося общеизвѣстною про-

случиться, если не было ничего такого, что способно бы было помѣшать случившемуся; но весьма часто не довольствуются этимъ, а прибавляютъ еще, что и безполезно противиться тому, что будетъ: оно случится, какъ бы мы ни старались этому воспрепятствовать. Часто слишкомъ злоупотребляютъ сходствомъ силъ, управляющихъ дѣйствіями человѣка, съ силами природы, коихъ результаты дѣйствительно неотвратимы, и переносятъ атрибуты одного отношенія на другое. Между тѣмъ, когда мы говоримъ, что всѣ человѣческія дѣйствія происходятъ необходимо, мы подразумѣваемъ только, что они навѣрное случатся, если ничто тому не помѣшаетъ, а утверждая, что кто не получитъ пищи, тотъ необходимо умретъ съ голода, мы думаемъ, что это непремѣнно случится, чтобы мы ни дѣлали въ предупрежденіе указаннаго слѣдствія . . . Въ жизни весьма немногіе вѣрятъ, и еще меньшее число дѣйствительно чувствуетъ, что въ причинности не заключается ничего, кромѣ неизмѣнной, достовѣрной и безусловной послѣдовательности; напротивъ, воображеніе наше старается представить намъ всегда существованіе какой-то болѣе тѣсной связи, какого-то таинственнаго принужденія, производимаго предыдущимъ на послѣдующее». Между тѣмъ, только различая эти виды проявленія закона причинности, мы можемъ составить вѣрное представленіе объ окружающемъ насъ мірѣ. Во 1-хъ, мы встрѣчаемъ въ немъ предметы царства неорганическаго, лишенные самодѣятельности и саморазвитія, всецѣло подчиненные дѣйствію внѣшнихъ, для нихъ безусловно принудительныхъ, законовъ; во 2-хъ, предметы царства растительнаго, обладающіе саморазвитіемъ, проявляющіе, кромѣ законовъ внѣшнихъ, и законы внутренніе ихъ собственнаго органическаго бытія; наконецъ, въ 3-хъ, предметы, царства животнаго, въ которыхъ къ двумъ первымъ категоріямъ силъ, ими управляющихъ, физическихъ и органическихъ, присоединяются еще силы психическія: инстинктъ, сознаніе, мышленіе. Ничтожныя въ низшихъ представителяхъ этого царства,

---

вницательностью и глубиною взгляда, и общепризнанною осторожностью въ сужденіи о сомнительныхъ вопросахъ, должно быть признано чрезвычайно важнымъ фактомъ». Къ этому же направленію примыкаетъ Bünger въ его статьѣ, указанной выше, въ Zeitschrift за 1887 г.

составляющихъ какъ бы переходъ отъ растеній къ животнымъ, эти силы получаютъ все болѣе и болѣе значенія, чѣмъ выше поднимаемся мы по іерархическимъ ступенямъ животныхъ организмовъ, и достигаютъ господства и преобладанія въ человѣкѣ, какъ въ послѣднемъ звенѣ творенія: здѣсь оно получаетъ даже какъ бы качественно отличную форму—самосознаніе, разумность.

Но, относя человѣка къ третьей высшей группѣ, мы, конечно, не можемъ утверждать, чтобы каждое его дѣйствіе было проявленіемъ самосознанія, такъ какъ въ жизни человѣка мы можемъ уловить рядъ процессовъ и явленій, не зависящихъ отъ его воли. Стоитъ только вспомнить процессы, совершающіеся въ насъ подъ вліяніемъ тепла, свѣта, тяжести, рядъ физіологическихъ и патологическихъ явленій въ организмѣ, наконецъ, цѣлую серію такъ называемыхъ рефлективныхъ движеній, въ родѣ улыбки, вызываемой щекотаніемъ, въ опусканіи вѣкъ при скоромъ приближеніи чего либо блестящаго къ нашимъ глазамъ и т. п. ([1]).

Такимъ образомъ, дѣйствія человѣка распадаются на двѣ категоріи: на подчиненныя вліянію нашего сознанія и независимыя отъ него. Обѣ эти группы сливаются въ одно цѣлое, благодаря наличности въ нихъ родоваго признака—подчиненія закону достаточной причины; они сходны въ томъ, что то, что совершилось въ данномъ мѣстѣ, въ данное время и при данныхъ обстоятельствахъ, могло совершиться только такъ, какъ оно совершилось. Но рядомъ съ этимъ сходствомъ, между двумя категоріями человѣческихъ дѣйствій существуетъ и не менѣе важное различіе, заключающееся въ характерѣ причинъ, ихъ вызывающихъ. Силы физическія и органическія сами по себѣ неизмѣнны и неуничтожаемы; даже въ тѣхъ случаяхъ, когда человѣкъ или общество отдѣляетъ или устраняетъ проявленіе какой либо физической силы, они достигаютъ этого не путемъ измѣненія самой силы, а только созданіемъ, или наоборотъ, устраненіемъ такихъ условій, которыя могутъ задержать, измѣнить или содѣйствовать ихъ проявленію. Иными представляются силы психическія, проявля-

([1]) См. примѣры такихъ явленій, не подчиненныхъ волѣ, у Сѣченова, психологическіе этюды, 1873 г.

ющіяся въ актахъ воли. Дѣйствія, являющіяся продуктомъ воли, какъ свидѣтельствуетъ намъ опытъ, предполагаютъ непремѣнно наличность мотива, направляющаго волю. Такой мотивъ или является прямымъ результатомъ впечатлѣнія, произведеннаго чѣмъ либо на лицо дѣйствующее, или же возникаетъ какъ нѣчто отличное и даже противоположное впечатлѣнію, основываясь на данныхъ сознанія этого лица, на его характерѣ. Выборъ мотива дѣятельности, въ свою очередь, зависитъ отъ разнообразныхъ причинъ: отъ степени энергіи самого впечатлѣнія, отъ большей или меньшей впечатлительности субъекта, отъ его нервной организаціи, отъ большаго или меньшаго развитія привычки сдерживать первое побужденіе и подвергать его всестороннему разсмотрѣнію, отъ объема тѣхъ представленій, свѣдѣній, идей, которыя могутъ быть употреблены даннымъ лицомъ при обсужденіи впечатлѣнія и т. д. Однимъ словомъ, какъ замѣчаетъ Маудсли, для признанія возможности волимыхъ дѣяній необходимы два элемента: во 1-хъ, извѣстная сумма идей и способность пользованія ими, при помощи ихъ сочетанія или противоположенія; во 2-хъ, выработка личности или характеръ, который давалъ бы средства сдѣлать рѣшительный выборъ между борящимися мыслями и желаніями; но оба эти элементы, очевидно, не представляютъ чего либо неизмѣннаго, абсолютнаго: сумма свѣдѣній и идей можетъ обогащаться, разнообразиться, характеръ можетъ выработываться и крѣпнуть, причемъ мы не должны забывать, что характеръ вырабатывается не только тѣмъ, что окружаетъ человѣка, но и самимъ человѣкомъ.

350. Все вышесказанное можетъ быть примѣнимо и къ спеціальному виду жизненныхъ явленій—къ посягательствамъ на нормы права въ ихъ реальномъ бытіи. Причиненіе вреда или поставленіе въ опасность охраненнаго интереса могутъ происходить отъ дѣйствія силъ природы, отъ животнаго, отъ человѣка. Въ послѣдней группѣ, въ свою очередь, мы можемъ различать три типа: дѣйствія, учиненныя безъ всякаго участія психическихъ силъ; дѣйствія, учиненныя при участіи психическихъ силъ, но дѣятельность коихъ признается ненормальною или даже патологическою, больною, и, наконецъ, дѣйствія, учиненныя при участіи нормальныхъ психическихъ силъ.

Всѣ эти вредоносныя дѣйствія заключаютъ въ себѣ общія черты сходства, а потому и вызываютъ общія сходныя послѣдствія.

Всѣ они сходны въ томъ, что одинаково подчинены закону достаточной причины. Каждое изъ нихъ должно было необходимо совершиться, какъ скоро существовала сумма причинъ и условій, сумма извѣстныхъ предыдущихъ, которая его вызвала. Съ этой стороны, и дѣйствія человѣка, какъ добрыя, такъ и злыя, полезныя и вредныя, а въ частности и преступныя, подобно всѣмъ міровымъ явленіямъ, безусловно подчинены закону причинности; мы не можемъ сказать, что извѣстное преступное дѣяніе могло быть или не быть: оно должно было совершиться, какъ скоро существовала извѣстная сумма причинъ и условій, общественныхъ и индивидуальныхъ, его созидающихъ.

Въ своихъ послѣдствіяхъ всѣ они сходны въ томъ, что, благодаря ихъ вредности или опасности, общество старается загладить или уничтожить послѣдствія, имъ вызванныя, а въ особенности предупредить повтореніе ихъ.

Но различіе въ предыдущихъ, создающихъ эти дѣйствія, отражается и на вызываемой ими общественной дѣятельности. Въ тѣхъ случаяхъ, когда проявившіяся въ нихъ силы сами по себѣ неизмѣнны, какъ силы физическія или физіологическія, общество, желая устранить вызываемыя ими послѣдствія, дѣйствуетъ не на самыя силы, а на условія ихъ проявленія; тамъ, гдѣ эти дѣйствія суть продуктъ ненормальнаго или патологическаго психическаго состоянія лица (1), общество принимаетъ мѣры двоякаго рода: на сколько самыя причины этого рода подлежатъ устраненію и измѣненію, оно стремится къ устраненію или измѣненію ихъ лѣченіемъ, воспитаніемъ; на сколько же самыя силы являются неизмѣнными, напр., относительно неизлѣчимыхъ больныхъ, оно дѣйствуетъ на условія ихъ проявленія, устраняетъ возможность причиненія ими

(1) Эти дѣйствія лежатъ какъ бы по срединѣ между несознательными, рефлективными и сознательными, волимыми. По формѣ, это дѣятельность сознательная, по содержанію — безсознательная; дѣйствія человѣка въ существѣ становятся рефлективными, хотя, повидимому, ихъ мотивы являются послѣдствіемъ психической дѣятельности.

вреда; наконецъ, тамъ, гдѣ дѣйствіе является продуктомъ нормальной психической дѣятельности, продуктомъ сознанія и мышленія, общество дѣйствуетъ на самыя вызвавшія дѣйствіе силы мѣрами карательными—наказаніемъ.

Только при этомъ взглядѣ на существо преступныхъ дѣяній возможно построеніе раціональной теоріи наказанія, не только понимая подъ наказаніемъ осуществленіе животнаго инстинкта мести, или гарантію общественнаго спокойствія, но и разсматривая его, какъ спеціальный видъ борьбы съ преступностью какъ въ общественныхъ, созидающихъ ее условіяхъ, такъ и въ самомъ непосредственномъ ея источникѣ, т. е. въ лицѣ, какъ дѣятелѣ. На сколько преступное дѣяніе является продуктомъ условій, лежащихъ въ самомъ соціальномъ организмѣ, общество можетъ бороться съ нимъ, измѣняя условія своего быта; на сколько же въ немъ проявляется индивидуальная воля, оно можетъ противодѣйствовать ему наказаніемъ.

351. Подводя итогъ всѣмъ вышеприведеннымъ замѣчаніямъ по поводу метафизическаго критерія, я прихожу къ слѣдующимъ выводамъ.

Введеніе въ законъ такого критерія вноситъ въ область уголовнаго права понятіе, вызывающее нескончаемый споръ и борьбу во всѣхъ отрасляхъ человѣческаго знанія.

Еще труднѣе представится, при такой постановкѣ, разрѣшеніе вопроса о вмѣняемости въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ, когда эксперту, а за нимъ и суду, придется установлять и доказывать свободу или несвободу воли подсудимаго.

Далѣе, разрѣшеніе вопроса о критеріи вмѣняемости въ смыслѣ признанія таковымъ наличности въ дѣйствующемъ свободной воли, представляется теоретически не вѣрнымъ и практически непригоднымъ: теоретически—потому, что признаніе бездоказательнаго положенія о свободѣ человѣческихъ дѣйствій противорѣчитъ неоспоримому господству закона достаточной причины во всей области конечныхъ явленій; практически—потому, что, съ принятіемъ принципа самоизвольности человѣческихъ дѣйствій, устраняется возможность раціональной карательной дѣятельности государства.

Разрѣшеніе же таковаго вопроса въ смыслѣ отрицанія свободы воли легко можетъ привести къ механической теоріи человѣческой дѣятельности, къ отождествленію ея съ проявленіемъ силъ физическихъ и физіологическихъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ также и къ отрицанію раціональной теоріи наказуемости.

Наконецъ, если, выходя изъ теоріи закономѣрности человѣческихъ дѣйствій, допустить между дѣйствіями человѣка различіе, выдѣливъ въ особую группу тѣ дѣянія, которыя были продуктомъ сознательной психической дѣятельности, то вопросъ о критеріи вмѣняемости въ существѣ остается открытымъ, такъ какъ тогда необходимо установить признаки, отдѣляющіе вмѣняемыя закономѣрныя дѣйствія отъ невмѣняемыхъ.

Эти недостатки метафизическаго критерія заставляютъ отдать предпочтеніе критерію позитивному.

352. Основанія позитивнаго критерія покоятся на понятіи объ уголовной виновности.

Посягательства на охраненный нормами интересъ, учиненныя какимъ либо лицомъ, какъ было не разъ указано, могутъ быть вмѣнимы учинившему или невмѣнимы, причемъ вмѣнимыми почитаются тѣ, въ коихъ выражается виновность лица и которыя, поэтому, признаются наказуемыми. По спеціальной терминологіи уголовнаго права, вмѣненіе лицу преступнаго дѣянія означаетъ признаніе лица виновнымъ въ этомъ дѣяніи, а потому уголовно отвѣтственнымъ; безъ вины нѣтъ отвѣтственности и нѣтъ вмѣненія.

Такимъ образомъ, разсуждая о томъ, кто можетъ быть субъектомъ преступнаго дѣянія, мы, съ формальной стороны, можемъ отвѣтить на это: тотъ, кто способенъ быть виновнымъ, а потому и отвѣтственнымъ. Но, однако, при этомъ мы не должны забывать, что если лицо, не обладающее способностью быть виновнымъ, не можетъ учинить конкретнаго дѣянія, которое ему было бы вмѣнимо, то отсюда нельзя дѣлать противоположнаго вывода, что лицо, способное быть виновнымъ, по отношенію ко всякому учиненному имъ дѣянію, всегда и безусловно должно быть признаваемо виновнымъ: могутъ быть такія обстоятельства, при наличности коихъ лицо, способное ко вмѣненію, можетъ въ данномъ случаѣ учинить дѣяніе, ему не вмѣнимое, какъ напр. дѣяніе,

учиненное вслѣдствіе принужденія отъ непреодолимой силы, или случайное дѣяніе [1]. Но такъ какъ, по существу своему, уголовная вина и основанное на ней вмѣненіе въ вину извѣстнаго факта, подробный разборъ коихъ будетъ сдѣланъ мною далѣе, предполагаетъ не только виновность физическую, но и виновность психическую—наличность или умысла, или неосторожности, то и способнымъ ко вмѣненію можетъ быть тотъ, кто способенъ дѣйствовать умышленно или неосторожно (doli et culpae capax).

Далѣе, такъ какъ умышленною виною мы называемъ такую, въ коей лицо, сознавая совершаемое и его результаты, сознавая, что оно посягаетъ на приказъ или запретъ юридической нормы, направляетъ свою дѣятельность по этому пути, или, по крайней мѣрѣ, безразлично относится къ этимъ послѣдствіямъ своего дѣйствія, а подъ неосторожною виною мы понимаемъ тѣ случаи преступнаго посягательства, когда виновный могъ и долженъ былъ усмотрѣть преступныя послѣдствія своего дѣйствія или бездѣйствія, но въ данномъ случаѣ не усмотрѣлъ таковыхъ, а потому и не сознавалъ совершаемаго имъ правонарушенія, то поэтому субъектами преступнаго дѣянія могутъ быть только лица, сообразно вышесказанному, обладающія способностью сознавать совершаемое и его результаты и способностью оцѣнивать и руководствоваться сознаннымъ, или, общимъ образомъ, обладающія способностью сознательно опредѣляться къ дѣйствію [2].

---

(1) Оттого въ нашей литературѣ, по примѣру нѣмецкой, выработались два термина: вмѣняемость (Zurechnungsfähigkeit) и вмѣнимость (Zurechenbarkeit); первое означаетъ качество лица, его способность совершать дѣянія, которыя ему ставятся въ вину, а второе—свойство дѣянія, наличность въ немъ такихъ условій, благодаря коимъ, оно можетъ быть поставлено въ вину лицу, его совершившему; самый же процессъ поставленія дѣянія въ вину мы называемъ вмѣненіемъ (Zurechnung). Ср. Geyer, Grundriss, § 27. Возраженія Биндинга, Normen, II, стр. 39, противъ этого различенія, основывающіяся на томъ, что для судьи имѣетъ значеніе только вопросъ о вмѣнимости, а не о вмѣняемости, даже и съ практической стороны не вполнѣ вѣрно, такъ какъ убійство, учиненное умалишеннымъ, и случайное лишеніе жизни, учиненное психически здоровымъ человѣкомъ, отличаются другъ отъ друга и по своимъ практическимъ послѣдствіямъ, по отношенію къ дѣятелю. Ср. Hälschner, стр. 204, пр. 1.

(2) Въ этомъ отношеніи, замѣчаетъ Jancka, Strafschuld, стр. 35 и сл., и детерминисты могутъ сказать, что источники воли и дѣятельности лежатъ исключительно въ человѣкѣ, въ его внутренней природѣ, но эти источники вытекаютъ изъ человѣческой природы не какъ волшебные чудодѣйственные фонтаны, которые, по непо-

353. Таковъ именно критерій, принятый въ проектѣ нашего уголовнаго уложенія, хотя и выраженный въ отрицательной формѣ: «не вмѣняется въ вину дѣяніе, учиненное лицомъ, которое..... не могло, во время учиненія дѣянія, понимать свойства и значенія имъ совершаемаго, или руководить своими поступками».

Въ объяснительной запискѣ по поводу этой формулы приведены слѣдующія соображенія:

«Дѣеспособность или способность ко вмѣненію предполагаетъ, прежде всего, способность дѣйствовавшаго познавать условія и свойства совершеннаго имъ поступка, познавать его отношеніе къ окружающему насъ внѣшнему міру, къ правамъ и интересамъ другихъ лицъ, способность уразумѣвать запреты закона [1]....; но одна эта способность не исчерпываетъ вмѣняемости. Преступное дѣяніе относится не къ области мышленія, а къ области дѣятельности, и для его вмѣненія въ вину совершившему необходимо, чтобы виновный, сознавая совершаемое, руководился или могъ руководиться сознаннымъ, т. е. для вмѣняемости необходимо, чтобы вмѣстѣ со способностью сознавать виновный обладалъ и способностью руководиться сознаннымъ. Обѣ эти способности, какъ указываетъ жизненный опытъ, развиваются или парализируются не одновременно: мы можемъ, напр., встрѣтить дѣтей, имѣющихъ надлежащія понятія не только о свойствѣ ихъ дѣйствій, но и объ ихъ запрещенности, и въ то же время неспособныхъ противостоять первому охватившему ихъ порыву, неспособныхъ управлять своими дѣйствіями, сообразно съ пріобрѣтенными уже ими понятіями и идеями; точно также психіатрія указываетъ намъ на нѣкоторыя формы психическихъ страданій, при которыхъ процессы мышленія совершаются вполнѣ нормально, но порывается надлежащее соот-

---

нятному произвольному усмотрѣнію, вращаются и измѣняются, но всегда согласно съ ея существомъ, всегда съ неотвратимою необходимостью, благодаря чему они соприсущи этой природѣ человѣка.... Детерминистъ этого направленія вполнѣ можетъ говорить о самоопредѣляемости; мало того, только онъ одинъ можетъ утверждать это съ достаточнымъ основаніемъ, такъ какъ только для него одного индивидуальность, самосущность (das eigentliche Selbst), «Я» есть дѣйствительно опредѣляющее.

[1] По указанію объяснительной записки, выраженіе «свойство», принятое въ формулѣ проекта, относится къ физическимъ элементамъ совершаемаго, а выраженіе «значеніе»—къ его соціальному и юридическому характеру.

ношеніе между мышленіемъ и дѣятельностью. Способность руководить своими поступками не можетъ существовать, какъ скоро не существуетъ способности сознавать совершаемое, но не наоборотъ».

«Обладаніе способностью ко вмѣненію должно быть констатировано по отношенію ко времени учиненія преступнаго дѣянія. Поэтому указаніе на психическое разстройство подсудимаго, предшествовавшее учиненію имъ этого дѣянія или послѣдовавшее за нимъ, само по себѣ взятое, не можетъ имѣть никакого вліянія на вмѣненіе даннаго поступка [1]».

354. Разсматривая вмѣняемость, какъ способность быть уголовно-виновнымъ, а потому и отвѣтственнымъ за свои поступки, мы предрѣшаемъ донынѣ считающійся спорнымъ вопросъ о такъ называемой уменьшенной вмѣняемости [2]. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что какъ способность сознавать и понимать окружающія насъ явленія, такъ и способность оцѣнивать сознанное, допускаютъ весьма различные оттѣнки, значительно измѣняющіеся какъ количественно, такъ даже и качественно; эти оттѣнки могутъ имѣть вліяніе при опредѣленіи отвѣтственности; мало того, иногда такое вліяніе ихъ на выборъ мѣры наказанія зависитъ не отъ усмотрѣнія судьи, а опредѣляется самимъ закономъ. Такъ, напр., по нашему уложенію, раздраженіе, глупость (ст. 134 улож.) признаются обстоятельствами, уменьшающими отвѣтственность; но, тѣмъ не менѣе, эти состоянія, относясь къ вопросу о выборѣ мѣры отвѣтственности, не имѣютъ никакого значенія для

---

(1) Листъ (§ 36) замѣчаетъ: «существенное значеніе при этомъ имѣетъ тотъ моментъ, въ которомъ были предприняты тѣлесныя движенія, приводящія въ движеніе естественныя силы (den Naturcausalismus in Bewegung setzende körperliche Bewegung), но безразлично душевное состояніе дѣятеля въ то время, когда приведенныя ими въ дѣйствіе силы обнаружили свою дѣятельность или когда наступили результаты... Кто отравляетъ колодезь и затѣмъ напивается пьянъ, остается уголовно-отвѣтственнымъ, если предположенное имъ лицо напилось изъ отравленнаго колодца въ то время, когда виновный находился въ состояніи полнаго опьянѣнія; кто направляетъ умалишеннаго на учиненіе преступленія, признается учинившимъ дѣяніе въ состояніи вмѣняемости, хотя бы умалишенный выполнилъ преступленіе въ то время, когда психическій виновникъ дѣянія находился въ глубокомъ снѣ».

(2) См. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, прим. 108; также Гельшнеръ, das deutsche Strafrecht, § 103; H. Meyer, стр. 185; Bruck, § 90.

*

установленія общаго понятія о бытіи вмѣняемости, такъ какъ въ этомъ отношеніи существуетъ только двоякая возможность: или признать, что въ данномъ случаѣ существуютъ условія, устраняющія вмѣняемость, или установить, что таковые отсутствуютъ. Въ первомъ случаѣ виновный освобождается отъ отвѣтственности, во второмъ—подлежитъ наказанію; признать какое либо третье, посредствующее, состояніе мы не можемъ ни теоретически, ни практически.

355. Переходя ко второй части формулы уголовной вмѣняемости, т. е. къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ состояній, исключающихъ способность ко вмѣненію, мы должны, прежде всего, свести ихъ къ опредѣленнымъ группамъ.

Уложеніе дѣйствующее, въ ст. 92 и сл., указываетъ семь такихъ состояній, но не даетъ никакого внутренняго основанія дѣленія; проектъ уголовнаго уложенія, въ виду практическихъ интересовъ, сводитъ всѣ эти состоянія, въ ст. 33, къ тремъ категоріямъ: недостаточность умственныхъ способностей, болѣзненное разстройство душевной дѣятельности и безсознательное состояніе, и, сверхъ того, отдѣльно говоритъ о возрастѣ.

Но, при теоретическомъ изслѣдованіи этого вопроса, я полагалъ бы удержать систему дѣленія, принятую мною еще въ моемъ курсѣ ([1]). Такъ какъ въ человѣкѣ состояніе невмѣняемости возможно только при двухъ условіяхъ, или когда вмѣняемость еще не наступала, или когда она утратилась, то всѣ состоянія невмѣняемости могутъ быть также сведены къ двумъ главнымъ типамъ: 1) причины невмѣняемости, происходящія вслѣдствіе ненаступленія надлежащаго психическаго развитія; 2) причины невмѣняемости, происходящія вслѣдствіе потери лицемъ достигнутаго уже имъ надлежащаго психическаго развитія.

Въ первой группѣ далѣе можно различать: а) неразвитость, зависящую отъ естественныхъ условій развитія человѣческаго организма, а именно отъ его возраста; б) неразвитость, обусловленную ненормальнымъ состояніемъ организма, его болѣзненнаго недоразвитія,—напр., при безуміи, глухонѣмотѣ, и, наконецъ,

([1]) Вып. I, № 45 и сл.

в) неразвитость, зависящую отъ вредно дѣйствующихъ условій жизненной обстановки.

Во второй группѣ также можно различать: а) психическія болѣзни въ тѣсномъ смыслѣ; б) болѣзненныя состоянія организма, производящія психическое разстройство, и в) ненормальныя состоянія организма, вліяющія на психическую дѣятельность.

356. *Психическое недоразвитіе. 1) Возрастъ* (1). Познаніе явленій окружающаго насъ міра, внутренней ихъ связи, обнаруживается не вдругъ, съ первымъ проявленіемъ умственной жизни человѣка, а мало по малу, вмѣстѣ съ постепеннымъ развитіемъ способности вникать и запоминать. Эта постепенность развитія относится какъ къ познанію сущности и взаимныхъ отношеній явленій окружающаго ребенка міра физическаго, такъ и къ выдѣленію изъ этихъ явленій его собственной дѣятельности, познанію самого себя и своихъ отношеній къ внѣшнему міру и, наконецъ, къ распознанію явленій общественной и государственной жизни.

Точно также постепенно развивается въ человѣкѣ и другое условіе уголовной отвѣтственности—способность дѣлать оцѣнку сознаннаго, дѣлать выборъ между различными побужденіями, обращающимися въ мотивы дѣятельности. Притомъ обѣ эти способности развиваются не одновременно и далеко не всегда параллельно.

Мыслительная дѣятельность, проявляющаяся въ поступкахъ ребенка, охватываетъ, по преимуществу, только ближайшія условія дѣянія, ему непосредственно предшествующее и непосредственно за нимъ слѣдующее, а оцѣнка побужденій и выборъ между ними предполагаютъ развитіе способности сознавать связь явленій болѣе отдаленныхъ, способность всесторонняго обсужденія факта. Оттого характеристикою младенческаго возраста является крайняя живость

---

(1) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, пр. 126; изъ спеціальныхъ русскихъ монографій можно указать: А. Богдановскій, Молодые преступники, 1 изд. 1870 г. и 2 изд. 1872 г.; мое Изслѣдованіе объ отвѣтственности малолѣтнихъ преступниковъ по русскому праву, 1872 г.; А. Кистяковскій, Молодые преступники, 1878 г.; его же, Постановленія русскаго уголовнаго права о молодомъ возрастѣ по отношенію его къ вмѣненію, Юридич. Вѣст. 1881 г., № 9. Изъ позднѣйшей иностранной литературы можно указать: Baumert, über die Zurechnungsfähigkeit und Bestrafung der jugendlichen Personen, 1877 г.; Querenet, étude sur la condition du mineur devant loi pénale française, 1881 г.

впечатлѣній и ихъ перемѣнчивость. Всякое явленіе всецѣло поглощаетъ вниманіе ребенка и онъ весь отдается первому охватившему его порыву; но за то это впечатлѣніе и исчезаетъ столь же быстро, какъ и появляется: ребенокъ переходитъ къ новому явленію, исключительно сосредоточивающему на себѣ его внимательность.

На этомъ основаніи и доктрина, и законодательство, одинаково признаютъ, что уголовная отвѣтственность начинается въ ребенкѣ гораздо позднѣе его рожденія—со времени проявленія въ немъ сознанія общественныхъ обязанностей и пониманія несоотвѣтственности съ этими обязанностями своихъ поступковъ въ данномъ случаѣ.

Признавая такимъ образомъ, что только съ наступленіемъ отрочества появляется способность къ правовой и нравственной оцѣнкѣ дѣянія, а равно и способность къ руководству своими поступками, мы не можемъ не признать, что его понятія о добрѣ и злѣ, о запрещенномъ и незапрещенномъ, крайне шатки и неопредѣленны, что его характеръ находится въ зачаточномъ состояніи. Достаточно весьма незначительныхъ побужденій, чтобы увлечь формирующагося юношу на дорогу, противоположную его собственнымъ понятіямъ объ обязанностяхъ, а къ этому присоединяется еще сильное вліяніе развивающихся страстей, начало половой зрѣлости; плотскіе инстикты, проявляющіеся въ созрѣвающемъ организмѣ, развивающіяся силы, не направляемыя разумно дѣйствующею средою, воспитаніемъ,—легко могутъ сдѣлаться источникомъ преступной дѣятельности.

Эти особенности отрочества, даже и въ томъ случаѣ, когда малолѣтній будетъ признанъ обладающимъ вмѣняемостью и отвѣтственнымъ за учиненное имъ, не могутъ не отразиться на характерѣ примѣняемыхъ къ нимъ наказаній. Отрочество—возрастъ школьный, возрастъ подготовки къ будущей дѣятельности, а потому и мѣры, къ нимъ примѣнимыя, должны имѣть по преимуществу воспитательный, а не карательный характеръ. Такимъ образомъ, отрочество предполагаетъ замѣну общихъ карательныхъ мѣръ специальными.

Но, подобно тому, какъ переходъ отъ дѣтства къ отрочеству совершается не вдругъ, а мало по малу, и совершается различно не

только у отдѣльныхъ дѣтей, но даже и у одного и того же ребенка, по отношенію къ отдѣльнымъ преступнымъ дѣяніямъ, такъ и переходъ отъ отрочества къ зрѣлости наступаетъ постепенно. Вдумчивость, разсудительность, сдержанность развиваются шагъ за шагомъ. Поэтому между отрочествомъ и зрѣлостью, какъ теорія, такъ и большинство законодательствъ, ставятъ еще одну ступень возрастнаго развитія—юность. Признавая полную вмѣнимость преступныхъ дѣяній лицамъ этого возраста, признавая даже возможнымъ примѣненіе къ нимъ, за немногими исключеніями, общихъ наказаній, законодательства допускаютъ для такихъ лицъ смягченіе мѣры отвѣтственности; они обращаютъ вниманіе на то, что способность увлекаться, дѣйствовать подъ вліяніемъ страстнаго порыва, далеко не полная самостоятельность, относительная слабость силъ физическихъ и т. п., не могутъ оставаться безъ вліянія на наказуемость.

Такимъ образомъ, юный возрастъ преступника играетъ въ правѣ уголовномъ роль весьма разнообразную: во 1-хъ, въ эпоху дѣтства возрастъ устраняетъ вмѣняемость и отвѣтственность; во 2-хъ, въ эпоху отрочества возрастъ служитъ основаніемъ замѣны наказанія исправительно-воспитательными мѣрами; въ 3-хъ, въ эпоху юности онъ служитъ основаніемъ особаго смягченія уголовной отвѣтственности [1].

357. Признавая, такимъ образомъ, съ точки зрѣнія уголовнаго права, нѣсколько періодовъ малолѣтства, мы встрѣчаемся естественно съ вопросомъ о томъ: какъ же проводятся границы между этими періодами?

Переходъ отъ дѣтства къ отрочеству, отъ отрочества къ юности и отъ послѣдней къ возмужалости, имѣетъ, какъ указываютъ намъ жизненный опытъ и данныя психологіи, чисто индивидуальный характеръ. Онъ обусловливается, съ одной стороны, организмомъ ребенка: одни дѣти растутъ и физически и умственно быстро, другія развиваются медленно, запаздываютъ; съ другой стороны,

---

(1) Примѣчаніе 1 къ ст. 213 т. X, ч. I, говоритъ: «лица, моложе 17 лѣтъ, именуются «малолѣтними», а отъ 17—21 года «несовершеннолѣтними»; но это различіе въ названіяхъ не всегда соблюдается. Я выбралъ другую терминологію именно потому, что сроки основныхъ типовъ по уложенію не совпадаютъ съ сроками гражданскими, да и самыхъ періодовъ три, а не два.

на это развитіе вліяетъ среда, въ которой находится ребенокъ, болѣзни, которыя ему пришлось перенести, климатъ, условія жизни и т. п. Поэтому казалось бы, что законъ не можетъ установлять a priori эти предѣлы, а долженъ предоставить опредѣленіе ихъ суду по обстоятельствамъ отдѣльнаго случая. Такую систему дѣйствительно защищаютъ нѣкоторые, хотя и немногіе криминалисты, какъ, напр., въ Германіи Іонъ, во Франціи Гарро (№ 236), и она проводится отчасти въ нѣкоторыхъ кодексахъ. Такъ, кодексы французскій и бельгійскій, установляя предѣльный срокъ юности 16 лѣтъ, какъ предѣлъ замѣны наказанія и постановки особаго вопроса о разумѣніи, вовсе не знаютъ какого либо опредѣленнаго срока, до котораго бы признавалось существованіе періода безусловной невмѣняемости, предоставляя благоразумію прокуратуры установленіе того возраста, до котораго ребенка нельзя привлечь къ суду. Но эта система встрѣтила сильныя порицанія со стороны такихъ французскихъ авторитетовъ, какъ Росси, Эли, Ортоланъ, справедливо доказывавшихъ, что чрезъ это создается слишкомъ большой произволъ для обвинительной власти и дѣлаются возможными факты появленія на скамьѣ подсудимыхъ дѣтей 5, 6 лѣтъ, какъ это подтверждается данными французской статистики (1), а нечего и говорить, что подобные факты противорѣчатъ логикѣ, возмущаютъ общественную совѣсть, не говоря уже о томъ вредѣ, который причиняется самымъ процессомъ такому малолѣтнему (2).

Напротивъ того, другіе новые европейскіе кодексы, а равно и наше уложеніе, прямо въ законѣ установляютъ сроки, отдѣляющіе періоды возраста другъ отъ друга.

Выборъ этихъ предѣльныхъ сроковъ можетъ быть сдѣланъ или на основаніи какого либо, a priori выбраннаго, начала, или же на основаніи житейскаго опыта.

Примѣръ дѣленія перваго рода представляетъ такъ называемая система климатерическихъ періодовъ, господствовавшая въ медицинскихъ сочиненіяхъ древности, въ особенности у Гиппократа,

(1) Съ 1841—1865 г. между подсудимыми было: на шестомъ году—4, на седьмомъ—3, на восьмомъ—5, на девятомъ—11 и на десятомъ—21, а всего, моложе десяти лѣтъ—14 человѣка. Ortolan, éléments, № 301, указываетъ, что въ 1850 г. ребенокъ 6 лѣтъ былъ судимъ по обвиненію въ убійствѣ своего товарища 4-хъ лѣтъ, причемъ свидѣтелемъ былъ ребенокъ 4-хъ лѣтъ.

(2) Вѣрныя замѣчанія по этому поводу у Гельшнера, стр. 219.

а въ новѣйшее время защищаемая Кабанисомъ и изъ криминалистовъ—Ортоланомъ (№ 281). Ея исходный пунктъ тотъ, что чрезъ каждые семь лѣтъ всѣ матеріальные элементы, изъ которыхъ составляется тѣло человѣческое, возобновляются, а вмѣстѣ съ тѣмъ обновляется и организмъ человѣческій, какъ въ физическомъ, такъ и въ нравственномъ отношеніи. Доктрина эта, отразившись еще въ римскомъ правѣ, въ школѣ прокуліанцевъ, вліяла затѣмъ не только на средневѣковое законодательство, но отчасти и на кодексы новаго времени, въ особенности на наше уложеніе, раздѣлившее весь юношескій возрастъ на три періода: до 7 лѣтъ, отъ 7 до 14 и отъ 14 до 21 года; но, не говоря уже о научной несостоятельности самой гипотезы Гиппократа, эта система оказалась непригодною и на практикѣ, такъ что уже при изданіи уложенія, отроческій возрастъ пришлось подраздѣлить на два—отъ 7—10 и отъ 10—14, а послѣ изданія судебныхъ уставовъ установлено подраздѣленіе и возраста юношескаго на двѣ эпохи—отъ 14—17 и отъ 17—21. Такимъ образомъ въ дѣйствующемъ правѣ образовалось пять возрастныхъ эпохъ, причемъ, какъ мы увидимъ далѣе, эти подраздѣленія совершенно ниспровергли основной принципъ дѣленія.

Другая теорія требуетъ, чтобы возрастные предѣлы устанавлялись путемъ опыта, съ принятіемъ во вниманіе не только психологическихъ и физіологическихъ условій развитія, но и этнографическихъ и культурныхъ данныхъ; чтобы законодатель отыскалъ среднюю норму, которая въ данной мѣстности, въ данную эпоху опредѣляла бы переходъ отъ одного періода къ другому; затѣмъ бралъ срокъ крайняго, запоздалаго (хотя и не психически-болѣзненнаго) развитія, и между этими двумя предѣлами выбиралъ числовой терминъ. Нельзя однако не прибавить, что большинство даже новѣйшихъ кодексовъ въ выборѣ предѣловъ не держится никакихъ раціональныхъ основаній. Это доказывается, съ одной стороны, различіемъ сроковъ, принятыхъ, напр., въ двухъ сосѣднихъ странахъ, по видимому стоящихъ въ одинаковыхъ климатическихъ и культурныхъ условіяхъ, а съ другой, тѣмъ, что часто въ государствахъ южныхъ установляются сроки предполагаемаго созрѣванія болѣе поздніе, чѣмъ въ сѣверныхъ, вопреки всякимъ раціональнымъ воззрѣніямъ на вліяніе климата.

358. Обращаясь къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ эпохъ возраста и имѣя въ виду преимущественно наше право, я начну съ дѣтства [1].

Предѣльный срокъ эпохи безусловной невмѣняемости въ западныхъ законодательствахъ ставится различно. Такъ, германскій и венгерскій кодексы и проектъ австрійскаго уложенія ставятъ 12 лѣтъ, кодексъ голландскій—10 лѣтъ, а кодексы французскій и бельгійскій—16 лѣтъ.

У насъ сводъ законовъ 1832 г. цѣликомъ принялъ систему указа Екатерины II 26 Іюн. 1765 г. (п. с. з., 12424); но затѣмъ его постановленія были нѣсколько измѣнены закономъ 28 Іюня 1833 г. (п. с. з., 6288) и въ такомъ видѣ вошли во второе изданіе свода 1842 г. Малолѣтнихъ до 10 лѣтъ сводъ, подобно указу 1765 г., признавалъ абсолютно невмѣняемыми и отдавалъ виновныхъ, безъ преданія суду и безъ наказанія, на исправленіе родителямъ, родственникамъ или опекунамъ.

Уложеніе, по видимому, отступило отъ этой системы, принявъ, по примѣру проекта уложенія 1813 г., въ ст. 94, предѣльнымъ терминомъ 7 лѣтъ; но такъ какъ, по 1 пункту ст. 137, дѣти отъ 7—10 лѣтъ не подвергаются опредѣленному въ законахъ наказанію, а отдаются родителямъ или благонадежнымъ родственникамъ для домашняго исправленія, то на этомъ основаніи въ дѣйствительности предѣльнымъ срокомъ перваго періода слѣдуетъ признать и по уложенію 10 лѣтъ [2].

Такой выводъ основывается на томъ соображеніи, что домашнее исправленіе не почитается карательною мѣрою, такъ какъ существо и размѣръ этого взысканія вовсе не опредѣляется законами, а предоставляется усмотрѣнію тѣхъ лицъ, которымъ отдаются дѣти, а въ проектѣ уложенія 1845 г. даже было указано, что эта отдача малолѣтнихъ дѣлается «для строгаго за ними присмотра и исправленія, между прочимъ, и чрезъ духовника ихъ или другаго священника». Поэтому, учиненіе ребенкомъ, отданнымъ по ст. 137

---

(1) Болѣе подробныя историческія и сравнительныя данныя приведены въ моемъ курсѣ, I, № 50 и сл.

(2) Точно также и уголовный кассаціонный департаментъ въ подробно мотивированномъ рѣшеніи по дѣлу Ломтева ($^{71}/_{1564}$) призналъ предѣломъ дѣтства 10 лѣтъ; то же повторено и въ рѣшеніи по дѣлу Волкова ($^{73}/_{613}$).

родителямъ для домашняго исправленія, новаго преступнаго дѣянія не признается повтореніемъ и къ виновнымъ не примѣняется ст. 146 ул. (рѣшеніе сената по дѣлу Волкова $^{73}/_{613}$).

По уставу о наказ. (ст. 11) прямо уже принято предѣльнымъ срокомъ наступленіе 10 лѣтъ.

Этотъ десятилѣтній срокъ сохраненъ и въ проектѣ редакціонной коммисіи, хотя въ замѣчаніяхъ на проектъ многіе изъ нашихъ практиковъ высказывали желаніе возвысить этотъ предѣлъ до 12 лѣтъ, а нѣкоторые даже—до 15 и 16 лѣтъ (1).

Въ защиту десятилѣтняго срока въ объяснительной запискѣ приведены слѣдующія соображенія: 1) десятилѣтній предѣлъ, по системѣ проекта, означаетъ въ существѣ не границу вмѣняемости и уголовной отвѣтственности, а предѣлъ, до котораго не можетъ быть возбуждаемо уголовное производство, такъ какъ о дѣтяхъ старѣе этого возраста не только ставится обязательно спеціальный вопросъ о вмѣняемости, но они, даже и въ случаѣ признанія таковой, не подлежатъ уголовной карѣ, а отдаются въ воспитательныя заведенія; 2) устраненіе уголовнаго преслѣдованія малолѣтнихъ по необходимости очень часто влечетъ невозможность обнаруженія участія въ учиненныхъ ими дѣяніяхъ совершеннолѣтнихъ, а между тѣмъ дѣти отъ 10—12 лѣтъ, какъ свидѣтельствуетъ судебная практика, нерѣдко являются ловкими исполнителями распоряженій начальниковъ разныхъ шаекъ и ассоціацій преступниковъ, такъ что невозбужденіе дѣлъ этого рода можетъ быть очень невыгодно для общественной безопасности и частныхъ интересовъ, и 3) дѣти 11 и 12 лѣтъ, не говоря уже о юношахъ 14 и 15 лѣтъ, совершаютъ иногда столь ужасныя злодѣянія, что оставленіе безъ изслѣдованія дѣла, неуясненіе условій и обстоятельствъ, при которыхъ совершилось злодѣяніе, будетъ возмущать общественную совѣсть (2).

Учиненіе дѣтьми этого возраста какого либо преступнаго дѣянія влечетъ по дѣйствующему уложенію, для дѣтей до 7 лѣтъ—отдачу ихъ родителямъ, родственникамъ или опекунамъ для вразумленія

---

(1) Кистяковскій, § 265, предлагаетъ поставить предѣломъ перваго возраста 14 лѣтъ.

(2) Въ Германіи нѣкоторые криминалисты, какъ, напр., Wächter, deutsches Strafrecht, 1881 г., стр. 134, находятъ, что установленіемъ 12-ти-лѣтняго срока слишкомъ расширяется періодъ безусловной невмѣняемости.

и наставленія ихъ впослѣдствіи (ст. 94), а для дѣтей отъ 7—10 лѣтъ—отдачу для домашняго исправленія (ст. 137 п. 1); но обѣ эти мѣры назначаются не по суду, такъ что проступки дѣтей этого возраста не подлежатъ судебному разбирательству, а начатое о нихъ слѣдствіе подлежитъ прекращенію въ установленномъ порядкѣ.

Западно-европейскія законодательства, даже тѣ, которыя знаютъ предѣльный возвратъ абсолютной невмѣняемости, допускаютъ для наиболѣе испорченныхъ дѣтей этого возраста обязательную отдачу въ исправительно-воспитательныя заведенія, но, конечно, не въ видѣ наказанія. Такъ, въ Германіи, по закону 26 Февраля 1876 г., постановленія о таковой отдачѣ дѣлаются особыми попечительствами о безпризорныхъ дѣтяхъ (Vormundschaftsbehörde).

По проекту редакціонной коммисіи, дѣти до 10 лѣтъ могутъ быть: во 1-хъ, отданы подъ надзоръ родителей, или опекуновъ, или даже и другихъ лицъ, но послѣднимъ—не иначе, какъ съ ихъ согласія; такими лицами могутъ быть, напр., принявшіе ребенка на воспитаніе, начальники учебно-воспитательныхъ заведеній, хозяева ремесленныхъ, промышленныхъ или торговыхъ заведеній; во 2-хъ, они могутъ быть отданы въ особыя воспитательныя заведенія, причемъ порядокъ отдачи проектомъ не предрѣшается; но въ объяснительной запискѣ оговорено, что отдаются они не по судебному разбирательству. Обѣ эти мѣры могутъ быть примѣняемы только въ случаѣ учиненія дѣтьми этого возраста преступленія или проступка; при этомъ, въ отличіе отъ дѣйствующаго права, этотъ надзоръ считается отвѣтственнымъ, т. е. въ случаѣ совершеннаго малолѣтнимъ новаго нарушенія закона и обнаруженнаго при этомъ недостатка надзора со стороны лицъ, за ними надзиравшихъ, послѣднія помимо вознагражденія за вредъ и убытки, могутъ быть подвергнуты и особо установленному за то уголовному наказанію. Такая же отвѣтственность опредѣлена и по германскому уложенію (§ 361, п. 9).

359. Также различно опредѣляется въ отдѣльныхъ законодательствахъ и срокъ отрочества. Такъ, кодексы французскій, бельгійскій, голландскій и венгерскій ставятъ такимъ предѣломъ 16 лѣтъ, а кодексъ германскій и проектъ австрійскаго—18.

Сводъ законовъ, какъ и указъ 1765 г., ставилъ этимъ пре-

дѣломъ 17 лѣтъ, а уложеніе 1845 г. замѣнило его 14-тью годами; но судебные уставы снова возвратились къ 17 годамъ и въ уложеніи изданія 1866 г. явились двѣ, во многомъ аналогичныя эпохи возраста, отъ 10—14 и отъ 14—17 лѣтъ.

Уставъ о наказаніяхъ принялъ срокъ 17-ти-лѣтній и этотъ срокъ сохраненъ въ проектѣ.

Отрочество, какъ было указано выше, въ матеріальномъ уголовномъ правѣ имѣетъ значеніе условія, вызывающаго замѣну наказанія, но этотъ возрастъ имѣетъ еще особое процессуальное значеніе: во всѣхъ новѣйшихъ законодательствахъ относительно преступниковъ этого возраста обязательно ставится особый вопросъ о вмѣняемости, такъ что замѣна для нихъ наказанія, конечно, наступаетъ только въ случаѣ признанія ихъ вмѣняемыми, а въ противномъ случаѣ примѣняется общее правило о безотвѣтственности за невмѣняемостью. Въ виду этого и самый періодъ отрочества называютъ иногда періодомъ условной вмѣняемости.

Собственно говоря, наличность вмѣняемости должна быть констатирована относительно всякаго преступника, такъ какъ только при этомъ условіи можетъ существовать уголовная отвѣтственность; но такъ какъ у лицъ взрослыхъ отсутствіе вмѣняемости является исключеніемъ, то постановка вопроса о вмѣняемости по каждому уголовному дѣлу была бы совершенно излишнею, а потому законъ и допускаетъ выдѣленіе вопроса о вмѣняемости изъ вопроса о виновности, только въ томъ случаѣ, когда возбуждено сомнѣніе, что событіе можетъ быть вмѣнено подсудимому въ вину (ст. 754 у. у. с.). Напротивъ того, относительно малолѣтнихъ, хотя бы и вышедшихъ изъ дѣтскаго возраста, случаи невмѣняемости встрѣчаются несравненно чаще, такъ какъ запоздалость развитія, сравнительно съ среднимъ нормальнымъ развитіемъ, встрѣчается между малолѣтними преступниками весьма не рѣдко; поэтому законодатель постановкою подобнаго спеціальнаго вопроса какъ бы желаетъ обратить особенное вниманія суда на психическое состояніе подсудимаго.

360. Образцомъ для установленнаго въ новыхъ кодексахъ порядка замѣны наказанія для малолѣтнихъ этого возраста послужило французское законодательство.

Система, дѣйствующая нынѣ во Франціи, была принята еще учредительнымъ собраніемъ въ кодексѣ 1791 г., а затѣмъ подробно установлена въ кодексѣ 1810 г. (ст. 66—69) и дополнена закономъ 5 Апрѣля 1850 г. По этой системѣ о всякомъ подсудимомъ моложе 16 лѣтъ, по каждому преступному дѣянію, въ которомъ онъ обвиняется, долженъ быть поставленъ вопросъ: дѣйствовалъ ли онъ съ разумѣніемъ или нѣтъ (avec ou sans discernement) [1]? Если судъ признаетъ, что подсудимый дѣйствовалъ безъ разумѣнія, то онъ, освобождая его отъ наказанія, или отдаетъ подъ присмотръ родителей или родственниковъ, или отсылаетъ его въ colonies pénitentiaires. Самый срокъ заключенія въ этихъ заведеніяхъ опредѣляется судомъ, безотносительно къ наказаніямъ, назначеннымъ въ законѣ за совершенное преступное дѣяніе, но съ тѣмъ, чтобы они не оставались въ этихъ заведеніяхъ по достиженіи двадцатилѣтняго возраста. Эта отдача не считается наказаніемъ, а потому, въ случаѣ совершенія ими новаго преступнаго дѣянія, не вліяетъ на повтореніе. Если же судъ найдетъ, что виновный дѣйствовалъ съ разумѣніемъ и притомъ учинилъ преступленіе (crime), то онъ приговариваетъ его къ наказанію, но иному, чѣмъ взрослыхъ, а именно, всѣ наказанія замѣняются тюремнымъ заключеніемъ, отбываемымъ притомъ не въ общихъ тюрьмахъ, а въ colonies pénitentiaires, если оно назначено на срокъ не свыше 2 лѣтъ, а въ прочихъ случаяхъ—въ особыхъ colonies correctionnelles. Сроки заключенія опредѣляются закономъ соотвѣтственно съ размѣрами замѣняемаго наказанія, такъ что maximum будетъ 20 лѣтъ, въ замѣнъ смертной казни, а minimum—1 годъ [2]. Если же виновный учинилъ проступокъ (délit), то онъ подлежитъ

---

(1) По разъясненію многихъ французскихъ криминалистовъ, понятіе разумѣнія не совпадаетъ съ понятіемъ виновности, такъ что одновременный утвердительный отвѣтъ на оба вопроса не составляетъ плеоназма, а различный на оба—не будетъ юридическимъ противорѣчіемъ; по этому воззрѣнію вопросъ о виновности означаетъ, имѣлъ ли виновный преступную волю, напр., хотѣлъ ли онъ убить свою жертву, а вопросъ о разумѣніи указываетъ на то, понималъ ли онъ значеніе своего поступка. Ср. въ особенности Garraud, № 130; такое же толкованіе для бельгійскаго права даетъ Haus, № 617 и 618.

(2) Притомъ, какъ постоянно разъясняла практика французскаго кассаціоннаго суда, судъ долженъ сначала вычислить наказаніе, какому подлежалъ бы виновный, будучи взрослымъ, и затѣмъ уже это наказаніе смягчить въ виду его малолѣтства. Ср. примѣры у F. Hélie, pratique criminelle, 1878 г., II, № 125.

половинѣ того наказанія, какому подлежитъ взрослый. Дѣвочки, по закону 1850 г., во всякомъ случаѣ отдаются въ maisons d'éducation.

По германскому кодексу (¹), относительно каждаго подсудимаго отъ 12—18 лѣтъ ставится вопросъ, обладалъ-ли онъ въ моментъ совершенія преступнаго дѣянія вдумчивостью, необходимою для распознанія преступности его дѣйствій (die zum Erkenntniss ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besass). При отрицательномъ отвѣтѣ, онъ освобождается отъ наказанія, но можетъ быть отданъ или родителямъ, или въ исправительные пріюты, гдѣ можетъ оставаться до наступленія 20 лѣтъ; въ случаѣ утвердительнаго отвѣта, онъ подвергается наказанію, но иному, чѣмъ взрослые, а именно: или тюрьмѣ, или крѣпости (maximum 15 лѣтъ), или, при учиненіи имъ проступка—даже выговору. Къ малолѣтнимъ ни въ какомъ случаѣ не примѣняются пораженіе въ правахъ и полицейскій надзоръ; лишеніе свободы отбывается ими въ особыхъ помѣщеніяхъ.

Кодексъ венгерскій допускаетъ для дѣйствовавшихъ съ разумѣніемъ слѣдующую замѣну наказаній: вмѣсто смертной казни и пожизненнаго заключенія въ Zuchthaus'ѣ, назначается заключеніе въ Kerker отъ 2—5 лѣтъ, а въ остальныхъ случаяхъ—тюрьма на срокъ не свыше 2 лѣтъ.

По голландскому кодексу, учинившіе безъ разумѣнія подлежатъ отдачѣ въ исправительные пріюты, а для дѣйствовавшихъ съ разумѣніемъ наказаніе уменьшается на $1/3$, вмѣсто же безсрочнаго заключенія назначается срочное на 15 лѣтъ.

361. Уложеніе относительно малолѣтнихъ отъ 10—14 лѣтъ различаетъ два случая: если они дѣйствовали безъ разумѣнія, то они, по судебному приговору, отдаются родителямъ или родственникамъ для домашняго исправленія (ст. 137 ч. 1), а если съ разумѣніемъ, то наказываются, но иначе, чѣмъ взрослые (ст. 138).

Какъ говоритъ законъ, наказаніе имъ смягчается на слѣдующихъ основаніяхъ:

1. Вмѣсто каторги, во всѣхъ ея степеняхъ, они, по лишеніи всѣхъ правъ состоянія, ссылаются въ Сибирь на поселеніе. Такимъ

(¹) Подробное изложеніе системы германскаго кодекса у Bruck, стр. 71—83.

образомъ, уложеніе вовсе умалчиваетъ о замѣнѣ для нихъ смертной казни; но, принимая во вниманіе, что еще по указу Елисаветы 1742 г. (п. с. з., 8601) предполагалось освобождать отъ смертной казни всѣхъ лицъ моложе 17 лѣтъ, что по прежнему своду военныхъ постановленій (ст. 104 по изд. 1859 г.) было прямо указано, что малолѣтніе отъ 10—14 лѣтъ, дѣйствовавшіе съ разумѣніемъ, не подвергаются смертной казни, а подлежатъ наказаніямъ, ее замѣняющимъ, что по уложенію, къ преступникамъ этой группы не примѣняется ни одно наказаніе безъ значительнаго смягченія, слѣдовало бы пополнить этотъ пробѣлъ въ томъ смыслѣ, что смертная казнь къ лицамъ отъ 10—14 лѣтъ не примѣняется, а замѣняется, какъ и каторга по 1 пункту ст. 138 поселеніемъ.

Самая замѣна наказанія, установленная 1 пунктомъ ст. 138, допускаетъ сильныя возраженія. Прежде всего поражаетъ примѣненіе лишенія всѣхъ правъ состоянія, представляющееся мѣрою совершенно непрактичною, такъ какъ многими правами виновный до того времени, по закону, и не могъ пользоваться. Такъ же мало цѣлесообразною представляется ссылка на поселеніе: вырывая ребенка изъ прежней среды и перенося въ новую, ему чуждую, нерѣдко даже совершенно къ нему враждебную, оставляя его тамъ безъ поддержки моральной, а иногда даже безъ всякой возможности заработывать себѣ пропитаніе вслѣдствіе отсутствія знанія и непривычки къ труду, ссылка представляется мѣрою непригодною для наказанія малолѣтнихъ.

2. За преступленія, влекущія: а) ссылку на поселеніе или б) ссылку на житье въ Сибирь или въ отдаленныя губерніи, кромѣ сибирскихъ, или отдачу въ арестантскія отдѣленія, или въ тюрьму (ст. 30, II), назначаемую въ замѣнъ бывшаго рабочаго дома— малолѣтніе присуждаются къ заключенію въ монастырѣ: въ первомъ случаѣ—на время отъ трехъ лѣтъ и четырехъ мѣсяцевъ до пяти лѣтъ и четырехъ мѣсяцевъ, а во второмъ—на время отъ сорока дней до 8 мѣсяцевъ.

Но эта отдача въ монастырь не можетъ быть примѣняема: а) если виновный принадлежитъ къ вѣроисповѣданію, не признающему монашества; б) если въ мѣстѣ суда или по близости отъ него нѣтъ монастыря вѣроисповѣданія, къ коему принадлежалъ виновный;

в) если дѣяніе учинено католикомъ въ губерніяхъ привислянскихъ, такъ какъ на основаніи Высочайшаго повелѣнія 22 Ноября 1864 г., о способѣ содержанія и управленія римско-католическихъ монастырей Царства Польскаго, въ этихъ монастыряхъ запрещено проживаніе какимъ либо лицамъ, кромѣ монашествующихъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ малолѣтніе отдаются въ тюрьмы на тѣ же сроки, какіе установлены для отдачи въ монастыри; въ монастыряхъ они содержатся отдѣльно отъ другихъ заключенныхъ и къ нимъ не примѣняется ни лишеніе особенныхъ правъ, ни ограниченіе въ правахъ (1).

3. За преступленія, влекущія всѣ прочія наказанія, они подвергаются исправительному домашнему, по распоряженію родителей или опекуновъ, наказанію, т. е. подвергаются дисциплинарному взысканію, а не уголовному наказанію, такъ что вполнѣ приравниваются къ дѣтямъ этого возраста, дѣйствовавшимъ безъ разумѣнія (2).

При этомъ, замѣняя для малолѣтнихъ наказаніе, судъ руководствуется общими правилами, установленными для юридической или фактической замѣны, т. е. судъ опредѣляетъ сначала, какому наказанію подлежалъ бы виновный, если бы онъ былъ совершеннолѣтній, принимая на видъ всѣ обстоятельства, увеличивающія или уменьшающія вину, и затѣмъ уже это наказаніе замѣняетъ по правиламъ, установленнымъ для отвѣтственности малолѣтнихъ (3).

---

(1) Теперь всякія сомнѣнія по вопросу о примѣненіи къ нимъ праволишеній изчезли, такъ какъ текстъ ст. 138 (изд. 1885 г.) говоритъ о замѣнѣ монастыря тюрьмою, указанною въ п. V ст. 30, т. е. не соединенною съ правопораженіями.

(2) Четвертый пунктъ ст. 138 не упоминаетъ о замѣнѣ заключенія въ крѣпости; но такъ какъ это наказаніе не упомянуто и въ 3-мъ пунктѣ этой статьи, то сенатъ, въ рѣшеніи по дѣлу Савина ($^{71}/_{454}$), правильно пополнилъ этотъ пробѣлъ, примѣняя въ этихъ случаяхъ 4-й, а не 3-й пунктъ, такъ какъ крѣпость, по лѣстницѣ наказаній, аналогична заключенію въ смирительномъ домѣ, о которомъ говорится въ 4-мъ пунктѣ, а не ссылкѣ. Съ другой стороны, сенатъ неоднократно разъяснялъ ($^{71}/_{1366}$, Дуракова; $^{73}/_{595}$, Соболева), что замѣна наказаній, о коей говорится въ ст. 138, не примѣняется къ тѣмъ преступленіямъ, за которыя установлены наказанія, не входящія въ общую лѣстницу, напр., за скопчество.

(3) Поэтому, если малолѣтній былъ признанъ виновнымъ въ покушеніи на преступленіе, караемое ссылкою на поселеніе по 2 ч. 20 статьи, и заслуживающимъ снисхожденіе, то судъ долженъ уменьшить наказаніе по ст. 115, положимъ, на одну степень, потомъ, на основаніи ст. 774 и 828 у. у. с. уменьшить еще на одну или двѣ степени, т. е. перейти ко 2 или 3 степ. 31 статьи, и уже это наказаніе

По уложенію 1845 г., отрочество кончалось 14 годами, но составители судебныхъ уставовъ нашли, что этотъ срокъ не соотвѣтствуетъ ни климатическимъ, ни соціальнымъ условіямъ русской жизни, а потому и продолжили срокъ условной вмѣняемости до 17 лѣтъ; при согласованіи же уложенія съ судебными уставами, вмѣсто того, чтобы просто замѣнить въ ст. 138 четырнадцать лѣтъ семнадцатью, создали особый періодъ возраста отъ 14—17 лѣтъ.

По 2 ч. 137 ст. въ этомъ періодѣ различаются виновные, дѣйствовавшіе съ полнымъ разумѣніемъ и безъ таковаго; такимъ образомъ все различіе этого періода отъ предшествующаго заключается въ замѣнѣ термина «безъ разумѣнія» терминомъ «безъ полнаго разумѣнія». Но не говоря уже о томъ, что теоретически крайне трудно провести границу, отдѣляющую разумѣніе отъ полнаго разумѣнія,—практически это различіе также не состоятельно, такъ какъ по ст. 759 у. у. с. о всѣхъ малолѣтнихъ отъ 10—17 лѣтъ ставится одинаково вопросъ: дѣйствовали ли они съ *полнымъ* разумѣніемъ? слѣдовательно, для лицъ моложе 14 лѣтъ оба эти термина признаются юридически тождественными.

Въ случаѣ признанія лицъ отъ 14—17 лѣтъ дѣйствующими съ полнымъ разумѣніемъ, они подлежатъ тѣмъ же наказаніямъ, какъ и юноши отъ 17 — 21 года. Если же они будутъ признаны дѣйствовавшими безъ полнаго разумѣнія, то суду предоставляется троякая возможность: а) примѣнить къ виновнымъ наказанія, установленныя ст. 138 для лицъ отъ 10—14 лѣтъ, съ соблюденіемъ вышеуказаннаго порядка, или б) отдать ихъ въ исправительные пріюты, гдѣ таковые устроены, съ тѣмъ, чтобы они содержались тамъ до 18 лѣтъ, или же, в) гдѣ нѣтъ пріютовъ, отдать ихъ въ тюрьму на время не свыше одного года и четырехъ мѣсяцевъ.

Такимъ образомъ, благодаря этой системѣ, создается предположеніе, что у лица, переступившаго 14 лѣтъ, не можетъ уже быть совершеннаго отсутствія разумѣнія, такъ что, какъ разъяснилъ

замѣнить по 3, а не по 2 пункту ст. 138. Сенатъ (рѣшенія: 71/169, Константинова; 74/210, Кононенко и др.) держался иного взгляда, что, по необходимости, приводило его къ страннымъ выводамъ о возможности примѣненія къ малолѣтнимъ ссылки на житье или арестантскихъ отдѣленій, или допущенія уменьшенія на одну или двѣ степени наказаній, указанныхъ въ ст. 138; но по дѣлу Розберга, 83/16, сенатъ, кажется, окончательно остановился на толкованіи, приведенномъ въ текстѣ.

сенатъ по дѣлу Смирнова ($^{73}/_{198}$), если присяжные именно отвѣтятъ, что подсудимый дѣйствовалъ безъ разумѣнія, то этотъ отвѣтъ долженъ быть понимаемъ въ смыслѣ отрицанія только полнаго разумѣнія, и виновный долженъ быть наказанъ по 2 ч. 137 ст.; слѣдовательно, для утвержденія того, что такой подсудимый не обладалъ совершенно вмѣняемостью, присяжные должны отвѣчать отрицательно на самый вопросъ о виновности.

Кромѣ того, этимъ постановленіемъ создается огромный просторъ для суда, такъ какъ судъ, напр., за дѣяніе, учиненное пятнадцатилѣтнимъ, дѣйствовавшимъ безъ полнаго разумѣнія, и влекущее по закону для взрослаго тюрьму отъ 4 — 8 мѣсяцевъ, можетъ назначить или отдачу родителямъ для домашняго исправленія по 4 ч. 138 ст., или отдать виновнаго на три года въ пріютъ, или тамъ, гдѣ пріюта нѣтъ — въ тюрьму на 1 годъ и 4 мѣсяца, т. е., по буквѣ закона, можетъ даже увеличить ему наказаніе, сравнительно съ взрослымъ ([1]).

362. По уставу о наказаніяхъ, отрочеству соотвѣтствуетъ возрастъ отъ 10—17 лѣтъ. Уставъ не предполагаетъ въ этомъ возрастѣ отсутствія вмѣняемости, а потому и не требуетъ, чтобы судья особо рѣшалъ вопросъ о разумѣніи, такъ что въ этомъ отношеніи примѣняются тѣ же правила, какъ и при установленіи вмѣняемости взрослыхъ. Отрочество, по уставу, вліяетъ или на смягченіе наказанія, или на его замѣну ([2]).

Смягченіе по ст. 11 заключается въ назначеніи наказанія въ половинномъ размѣрѣ. Поэтому судья долженъ сначала съ точностью опредѣлить, какому наказанію подлежалъ бы виновный, если бы онъ былъ взрослый, и затѣмъ это наказаніе уменьшить на половину, хотя бы при этомъ пришлось перейти предѣлы, указанные въ ст. 12; такимъ образомъ, въ этомъ отношеніи уставъ о наказ.

([1]) Въ рѣшеніи по дѣлу Розберга сенатъ указалъ, что судъ, устанавляя размѣръ тюремнаго заключенія, долженъ имѣть въ виду размѣръ того наказанія, которое въ данномъ случаѣ замѣняется этимъ заключеніемъ, а равно и ту карательную мѣру, которая по ст. 138 могла бы соотвѣтствовать этому наказанію, а въ особенности имѣть въ виду, чтобы этотъ срокъ не превышалъ размѣра наказанія, которому бы могъ подвергнуться въ подобномъ случаѣ взрослый преступникъ.

([2]) См. рѣшенія сената: $^{67}/_{512}$, Степанова; $^{76}/_{49}$, Федоренкова.

*

суровѣе уложенія, такъ какъ, по уставу о наказ., ребенку 11 или 12 лѣтъ можетъ быть назначенъ арестъ или даже заключеніе въ тюрьму за такія дѣянія, за которыя по 4 п. 138 ст. улож. онъ подвергся бы только домашнему исправленію.

Замѣна наказанія можетъ быть двоякая: во 1-хъ, по ст. 11, мировой судья всякаго малолѣтняго отъ 10—14 лѣтъ можетъ, не подвергая наказанію, отдать родителямъ или родственникамъ для домашняго исправленія. Эта отдача не обязательна для судьи, а зависитъ отъ его усмотрѣнія, причемъ основаніемъ служитъ не отсутствіе или наличность разумѣнія, а, какъ указано въ объяснительной запискѣ къ уставу, надежда на то, что такая отдача можетъ оказать хорошіе результаты; во 2-хъ, по ст. 6, въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ учреждены исправительные пріюты, несовершеннолѣтніе отъ 10 — 17 лѣтъ, въ замѣнъ заключенія въ тюрьмѣ, могутъ быть обращаемы въ таковые пріюты. Эта замѣна не обязательна для судьи, а составляетъ его факультативное право, которымъ онъ можетъ пользоваться при наличности слѣдующихъ условій: во 1-хъ, малолѣтній долженъ быть признанъ виновнымъ въ такомъ дѣяніи, за которое по закону назначено заключеніе въ тюрьмѣ; во 2-хъ, необходимо, чтобы въ той мѣстности или по близости отъ нея, напр., въ сосѣднемъ уѣздѣ, былъ исправительный пріютъ и чтобы въ этомъ пріютѣ было помѣщеніе, причемъ, если пріютъ въ своемъ уставѣ содержитъ какія либо спеціальныя условія пріема, напр., особый предѣльный возрастъ, то чтобы приговоренный подходилъ подъ эти условія.

·Срокъ пребыванія въ пріютѣ опредѣляется мировымъ судьею; законъ указываетъ только, что въ пріютѣ отданные туда малолѣтніе не могутъ быть оставляемы по достиженіи ими 18 лѣтъ; но во всякомъ случаѣ эти сроки не должны совпадать съ сроками тюремнаго заключенія, имъ замѣняемаго; равнымъ образомъ, они не должны быть непродолжительны, такъ какъ тогда они противорѣчили бы существу этой карательно-воспитательной мѣры; судья не можетъ назначить только такого срока, благодаря коему малолѣтнему пришлось бы остаться въ пріютѣ по достиженіи имъ 18 лѣтъ.

Въ этомъ отношеніи въ объяснительной запискѣ къ уставу было указано: «сроки ни въ какомъ случаѣ не должны совпадать со

временемъ, назначеннымъ въ законѣ для тюремнаго заключенія, потому что эти сроки будутъ весьма коротки и, вслѣдствіе того, не могутъ быть достаточны для достиженія полезныхъ результатовъ отъ содержанія въ исправительномъ пріютѣ. Притомъ же, тюремное заключеніе не можетъ быть сравниваемо относительно срока съ содержаніемъ въ пріютѣ, потому что первое гораздо суровѣе послѣдняго и исправительные пріюты есть скорѣе воспитательно-учебное заведеніе, чѣмъ мѣсто заключенія». Также и сенатъ, въ своемъ циркулярномъ указѣ отъ 10 Декабря 1879 г., выразилъ ту мысль, что: во 1-хъ, на судьяхъ тѣхъ мѣстностей, гдѣ учреждены исправительные пріюты, лежитъ нравственный долгъ избѣгать, по возможности, заключенія въ тюрьмы несовершеннолѣтнихъ, замѣняя это наказаніе отдачею въ пріюты, а во 2-хъ, судьи должны приговаривать на сроки, на столько продолжительные, чтобы исправительные пріюты имѣли возможность исполнять свою задачу исправленія отдаваемыхъ на ихъ попеченіе малолѣтнихъ; эти положенія были затѣмъ подтверждены вторымъ циркулярнымъ указомъ сената отъ 22 Февраля 1885 года.

363. Проектъ редакціонной коммисіи признаетъ отрочество отъ 10—17 лѣтъ возрастомъ условной вмѣняемости; поэтому о каждомъ подсудимомъ долженъ быть разрѣшенъ особый вопросъ о вмѣняемости, причемъ употребляемый нынѣ терминъ «разумѣніе» коммисія замѣнила общимъ выше разобраннымъ критеріемъ вмѣняемости, чтобы устранить всякое сомнѣніе въ томъ, что условія вмѣняемости тождественны для взрослыхъ и для малолѣтнихъ.

Малолѣтніе, признанные не обладающими вмѣняемостью, не подлежатъ наказанію; но если они учинили преступленіе или проступокъ, то по приговору суда они могутъ быть помѣщены въ воспитательное заведеніе, или отданы подъ отвѣтственный надзоръ.

Въ случаѣ же признанія ихъ вмѣняемыми, они подлежатъ наказанію, но съ указанною въ проектѣ замѣною общихъ карательныхъ мѣръ, причемъ условія замѣны зависятъ отъ двухъ факторовъ: тяжести учиненнаго дѣянія и возраста.

Такимъ образомъ, получается слѣдующая схема:

За преступленія и проступки малолѣтніе отъ 10—14 лѣтъ всегда

подлежатъ отдачѣ въ исправительно-воспитательное заведеніе, а малолѣтніе отъ 14—17 лѣтъ—за исключеніемъ тягчайшихъ преступленій; въ этомъ случаѣ, вмѣсто смертной казни и каторги безъ срока, они подлежатъ тюрьмѣ на срокъ отъ 5—10 лѣтъ, а вмѣсто каторги срочной—тюрьмѣ съ сокращеніемъ срока противъ замѣняемаго наказанія на половину.

За нарушенія малолѣтніе отъ 10—17 лѣтъ подлежатъ внушенію отъ суда; но если судъ найдетъ, что нарушенія обращены малолѣтнимъ въ ремесло или свидѣтельствуютъ о привычкѣ къ преступной дѣятельности, то они могутъ быть отданы въ исправительно-воспитательныя колоніи.

Къ малолѣтнимъ отъ 10—17 лѣтъ ни лишеніе правъ, ни отдача подъ полицейскій надзоръ, не примѣняются; въ тюрьмѣ они содержатся въ общемъ заключеніи и отдѣльно отъ взрослыхъ.

При этомъ проектъ въ послѣдней своей редакціи вовсе не упоминаетъ о тѣхъ случаяхъ, когда въ мѣстности нѣтъ исправительныхъ пріютовъ, предоставляя разрѣшеніе этого закону о введеніи уложенія въ дѣйствіе.

364. Къ юношескому возрасту уложеніе относитъ безусловно лицъ отъ 17—21 года и условно отъ 14—17 лѣтъ, признанныхъ дѣйствовавшими съ разумѣніемъ.

Для нихъ законъ допускаетъ только смягченіе отвѣтственности и при томъ съ существеннымъ различіемъ по отношенію къ наказаніямъ уголовнымъ и къ наказаніямъ исправительнымъ.

По отношенію къ первымъ ст. 139 выходитъ изъ слѣдующаго крайне суроваго и ничѣмъ не оправдываемаго положенія, что лица этого возраста подвергаются тѣмъ же наказаніямъ, какъ и совершеннолѣтніе, но только съ двумя измѣненіями, а именно: вмѣсто безсрочной каторги имъ назначается срочная на 20 лѣтъ, а срочная каторга сокращается для нихъ на $1/3$.

Такимъ образомъ, ссылка на поселеніе и смертная казнь примѣняются къ нимъ безъ всякаго снисхожденія (1); въ особенности суровою представляется въ этомъ отношеніи возможность примѣ-

(1) А. Кистяковскій, стр. 499, пытается доказать, что это умолчаніе закона должно быть изъясняемо въ смыслѣ непримѣненія смертной казни къ лицамъ отъ 14—21 года; но все его построеніе, основанное на отождествленіи пробѣла

ненія къ лицамъ отъ 17—21 года и даже отъ 14—17 лѣтъ смертной казни: въ этомъ отношеніи уложеніе идетъ дальше даже указа Императрицы Елисаветы 1742 г., не допускавшаго казни для лицъ моложе 17 лѣтъ.

По отношенію къ наказаніямъ исправительнымъ, постановленія уложенія были существенно измѣнены закономъ 27 Октября 1881 г. Теперь несовершеннолѣтніе, вмѣсто ссылки на житье въ Сибирь или въ отдаленныя губерніи, кромѣ Сибирскихъ, или заключенія въ арестантскія отдѣленія, или въ тюрьму, замѣнившую рабочій домъ, приговариваются къ заключенію въ тюрьмѣ на сроки, положенные для содержанія совершеннолѣтнихъ въ арестантскихъ отдѣленіяхъ или тюрьмѣ, но съ уменьшеніемъ наказанія на одну или двѣ степени ([1]), и притомъ безъ лишенія или ограниченія правъ и безъ отдачи подъ полицейскій надзоръ ([2]).

За всѣ прочіе, менѣе важные, преступленія и проступки несовершеннолѣтніе приговариваются къ опредѣленному въ законѣ наказанію, но съ уменьшеніемъ на одну или двѣ степени и также безъ лишенія или ограниченія правъ; это правило примѣняется, слѣдовательно, къ крѣпости, бывшему смирительному дому, тюрьмѣ и аресту, причемъ по ст. 145 въ крѣпости и тюрьмѣ малолѣтніе содержатся отдѣльно отъ прочихъ заключенныхъ ([3]); что же касает-

---

ст. 138 и 139, къ сожалѣнію лишено юридическаго основанія. Практика наша всегда рѣшала этотъ вопросъ въ смыслѣ примѣненія смертной казни; такъ, верховный уголовный судъ по дѣлу о соучастникахъ Каракозова приговорилъ къ смертной казни Ермолова, 20 лѣтъ; по дѣлу 1 Марта 1881 г. былъ казненъ Рысаковъ, 20 лѣтъ; по дѣлу 1 Марта 1887 г. былъ казненъ Ульяновъ, 20 лѣтъ.

([1]) При этомъ, въ силу закона, судъ обязанъ отъ пятой степени 31 статьи переходить ко второй, а не къ первой степени 31 статьи.

([2]) Но это правило не распространяется на нѣкоторыя спеціальныя правопораженія, которыя указаны не въ общей лѣстницѣ наказаній, а въ особенной части уложенія, въ уставахъ казенныхъ управленій, въ уставѣ о службѣ государственной и общественной, въ учрежденіи судебныхъ установленій и т. п. Эти правопораженія, будучи безусловнымъ послѣдствіемъ извѣстныхъ преступныхъ дѣяній или извѣстныхъ наказаній, примѣняются ко всѣмъ лицамъ, безотносительно къ ихъ возрасту.

([3]) Это положеніе повторено въ ст. 164 уст. о содерж. подъ страж. (изд. 1886 г.) и притомъ въ болѣе широкой формѣ, такъ какъ оно распространено и на содержащихся при полиціи; относительно арестныхъ домовъ ст. 122 того же устава говоритъ только объ отдѣленіи, по возможности, малолѣтнихъ отъ другихъ содержащихся подъ стражею.

ся денежныхъ взысканій, а равно выговоровъ, замѣчаній и внушеній, то эти наказанія, какъ неимѣющія степеней, примѣняются къ несовершеннолѣтнимъ безъ всякаго измѣненія.

Наконецъ, по ст. 144, несовершеннолѣтніе за преступленія, учиненныя по неосторожности, не подлежатъ никакому уголовному наказанію, а подвергаются, по распоряженію родителей или опекуновъ, домашнему исправительному наказанію; при этомъ законъ не опредѣляетъ ни характера, ни размѣровъ этого взысканія, такъ что оно должно быть разсматриваемо какъ дисциплинарная мѣра, а не какъ наказаніе.

Смягченіе и замѣна относятся къ тому наказанію, которому въ данномъ случаѣ долженъ бы былъ подвергнуться совершеннолѣтній; поэтому судъ долженъ сначала вычислить размѣръ отвѣтственности, принявъ во вниманіе всѣ обстоятельства, сопровождавшія данное дѣяніе, и къ окончательно избранному наказанію примѣнить 139 или 140 статью, смотря по обстоятельствамъ. Такимъ образомъ, если восемнадцатилѣтній признанъ виновнымъ въ преступленіи, караемомъ поселеніемъ, и притомъ заслуживающимъ снисхожденія, то судъ долженъ сначала перейти къ 1-й или 2-й степени 31 статьи, а затѣмъ, согласно 1 пункту 140 статьи, назначить тюрьму безъ лишенія правъ и уменьшить наказаніе еще на одну или двѣ степени.

Къ этому безспорному юридическому положенію, послѣ долгихъ колебаній, присоединился и сенатъ въ своемъ, весьма важномъ въ этомъ отношеніи, рѣшеніи по дѣлу Спрыжкова 1882 г., № 6.

Уставъ о наказ. не допускаетъ никакихъ смягченій въ наказуемости для лицъ отъ 17—21 года; но, какъ справедливо разъяснилъ сенатъ, въ рѣшеніи по дѣлу Данилевскаго ($^{73}/_{240}$), въ тѣхъ случаяхъ, когда несовершеннолѣтніе изъ привиллегированныхъ сословій за кражу, мошенничество и присвоеніе судятся окружнымъ судомъ и наказываются, согласно 1656, 1666 и 1681 ст., по уставу о наказ., они не подвергаются лишенію всѣхъ особенныхъ правъ [1].

Проектъ въ ст. 49 допустилъ для лицъ этой категоріи слѣ-

---

[1] Въ томъ же случаѣ, когда подсудимые не достигли 17 лѣтъ, общіе суды примѣняютъ къ нимъ сверхъ того ст. 6 и 11 уст. о наказ.

дующее смягченіе отвѣтственности: 1) вмѣсто смертной казни, имъ назначается каторга на 15 лѣтъ; 2) вмѣсто каторги безсрочной—каторга на 10 лѣтъ; 3) сроки каторги, исправительнаго дома, заточенія и тюрьмы сокращаются; 4) лишеніе правъ и надзоръ полиціи примѣняются только въ случаѣ ихъ присужденія къ каторгѣ.

365. Сверхъ вышеизложеннаго, существуютъ нѣкоторыя особенныя правила уменьшенія отвѣтственности для несовершеннолѣтнихъ.

Такъ, по ст. 143 наказаніе уменьшается на одну или двѣ степени, когда несовершеннолѣтній былъ вовлеченъ совершеннолѣтнимъ. Это снисхожденіе относится только къ несовершеннолѣтнимъ, т. е. лицамъ отъ 14—21 года, какъ это и было прямо указано въ проектѣ уложенія, слѣдовательно, можетъ имѣть значеніе при примѣненіи ст. 139 и 140; такимъ образомъ, статья 143 не можетъ быть примѣняема ни къ случаямъ вовлеченія малолѣтнихъ, ни къ вовлеченію несовершеннолѣтняго несовершеннолѣтнимъ. Для примѣненія ст. 143 необходимо доказать не только, что совершеннолѣтній былъ соучастникомъ, но что онъ вовлекъ несовершеннолѣтняго, т. е. былъ зачинщикомъ или подстрекателемъ, причемъ самый фактъ вовлеченія долженъ быть особо констатированъ присяжными, если дѣло разсматривается съ ихъ участіемъ.

Уменьшеніе наказанія по поводу вовлеченія стоитъ совершенно независимо отъ смягченія по поводу несовершеннолѣтія, но самое уменьшеніе необязательно для суда, а составляетъ его право.

366. Съ другой стороны, наше уложеніе знаетъ одно условіе, при которомъ молодость теряетъ всякое значеніе, а именно—повтореніе преступнаго дѣянія; по ст. 146, малолѣтніе и несовершеннолѣтніе, въ случаѣ совершенія ими новаго преступнаго дѣянія, наказываются какъ совершеннолѣтніе (1).

---

(1) Хотя составители уложенія въ объяснительной запискѣ говорятъ, что ст. 146 основывается на законѣ 24 Января 1838 г., но въ существѣ она ближе къ закону 2 Іюля 1843 г. о наказаніи малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ при

Но это, по видимому, столь простое правило оказывается крайне несостоятельнымъ теоретически и весьма неудобнымъ для практики, особенно послѣ изданія устава о наказ., чѣмъ и объясняется обширная и весьма разнообразная практика сената, имъ вызванная.

Естественно, что прежде всего необходимо выяснить себѣ самое основаніе подобнаго постановленія. Еще римское право выставило положеніе, что malitia supplet aetatem, т. е., что въ извѣстныхъ случаяхъ смягчающее вліяніе возраста парализуется особенною злостью, хитростью, лукавствомъ, выказанными малолѣтними преступниками; что иногда преждевременная зрѣлость преступной воли заставляетъ забыть о возрастѣ. Это ученіе было весьма распространено въ средневѣковыхъ законодательствахъ, причемъ признакомъ преждевременной зрѣлости принималось или учиненіе малолѣтнимъ какихъ либо особенно тяжкихъ преступленій, или же привычка къ преступной дѣятельности. Послѣднее предположеніе усвоило наше уложеніе, и притомъ въ самой неудачной формулировкѣ, а именно, признавъ признакомъ привычки фактъ повторенія. Составители вовсе не обратили вниманія на то, что фактъ повторенія далеко не всегда указываетъ на неисправимость преступника, а наши тюрьмы, въ которыя помѣщались малолѣтніе, устроены вовсе не такъ, чтобы про освобожденныхъ изъ нихъ можно было сказать, что надъ ними безуспѣшно были испробованы всѣ средства исправленія. А между тѣмъ, въ силу этого постановленія, двѣнадцатилѣтній мальчикъ можетъ быть приговоренъ къ каторжной работѣ. Даже сенатъ, въ рѣшеніи по дѣлу Березина ($^{69}/_{319}$), замѣтилъ, что такъ какъ ст. 146 относится къ числу самыхъ строгихъ постановленій нашего уложенія, то она не допускаетъ возможности расширять случаи ея примѣненія, давая ей распространительное толкованіе.

Обратимся къ разсмотрѣнію условій ея примѣненія, частью намѣченныхъ въ законѣ, частью установленныхъ практикою сената, въ особенности подробнымъ разъясненіемъ порядка примѣненія

повторенія ими преступленій. Впрочемъ, оба эти закона столь неопредѣлительны, что они не могутъ служить юридическимъ пособіемъ для толкованія ст. 146.

146 статьи, даннымъ общимъ собраніемъ кассаціонныхъ департаментовъ въ 1874 г. за № 46.

Относительно перваго преступнаго дѣянія законъ требуетъ, чтобы малолѣтній былъ за него судимъ и наказанъ. Такимъ образомъ, ст. 146 не можетъ быть примѣняема, если такое лицо было отдано родителямъ для исправленія или было подвергнуто домашнему исправительному наказанію; по разъясненію же сената ($^{74}/_{46}$ о. с.), статья 146 не примѣняется и тогда, когда онъ за первое дѣяніе былъ отданъ въ исправительный пріютъ, а по рѣшеніямъ—по дѣлу Тихонова ($^{72}/_{1328}$) и въ особенности по дѣлу Зоркова ($^{74}/_{646}$), вообще, когда онъ былъ въ первый разъ наказанъ, какъ дѣйствовавшій безъ полнаго разумѣнія; хотя очевидно, что это послѣднее разъясненіе можетъ быть принято только въ томъ случаѣ, если къ такому лицу была примѣнена 2-я часть 137 статьи, такъ какъ тюремное заключеніе, въ этой статьѣ указанное, является случайнымъ эквивалентомъ отдачи въ пріютъ; но распространеніе этого положенія на случаи примѣненія къ малолѣтнимъ отъ 14—17 лѣтъ первыхъ трехъ пунктовъ 138 статьи создало бы ничѣмъ не оправдываемое снисхожденіе къ этимъ лицамъ, сравнительно съ дѣтьми отъ 10—14 лѣтъ, караемыми по ст. 138.

Виновный долженъ быть судимъ и наказанъ по приговору суда, но при этомъ законъ не дѣлаетъ различія, былъ ли этотъ судъ общій или мировой, или даже военный; былъ ли это судъ, дѣйствовавшій по старому порядку судопроизводства или на основаніи уставовъ Императора Александра II-го.

Вновь совершенное дѣяніе должно быть: 1) или то самое, т. е. имѣющее тотъ же законный составъ, или 2) равное съ нимъ по наказуемости, или 3) болѣе тяжкое. Сравнительная тяжесть дѣяній опредѣляется, по разъясненію сената (рѣшенія по дѣлу Шаберина, $^{72}/_{1206}$ и Шлякова, $^{75}/_{286}$), тѣмъ наказаніемъ, которое назначено въ законѣ за прежнее и новое дѣяніе, а если наказаній назначено нѣсколько, то по важнѣйшему изъ нихъ, безотносительно къ тому, какое наказаніе было дѣйствительно понесено этимъ лицемъ (1). Это формальное условіе, въ особенности въ виду

(1) Но дѣяніе признается равнымъ прежнему, хотя бы лицо, наказанное за оконченное дѣяніе, вновь совершило только покушеніе, или наказанное какъ пособникъ, вновь обвинялось какъ зачинщикъ или подстрекатель.

того совершенно правильнаго толкованія, которое придано ему кассаціонною практикою, по существу представляется особенно неудачнымъ: можетъ ли незначительная разница въ наказуемости, иногда чисто случайная, влiять на рѣшеніе вопроса о неисправимости! Малолѣтній признанъ виновнымъ, дѣйствовавшимъ съ разумѣніемъ, и наказанъ за кражу во время пожара (ст. 1646), затѣмъ, положимъ, онъ, съ умысломъ оказать неуваженіе къ правительству, разодралъ публично выставленные указы (ст. 276), онъ, признается неисправимымъ и наказывается какъ взрослый, а если онъ послѣ перваго наказанія совершитъ простую кражу на сумму свыше 300 рублей (ст. 1655), къ нему ст. 146 не примѣняется, и онъ наказывается какъ малолѣтній.

Далѣе, мы видѣли, что, на основаніи ст. 759 у. у. с., относительно всѣхъ лицъ моложе 17 лѣтъ обязательно ставится вопросъ о разумѣніи; распространяется ли это правило и на случаи повторенія? Уложеніе, понятно, оставляетъ этотъ вопросъ безъ отвѣта; но сенатъ, въ рѣшеніи по дѣлу Березовскаго ($^{69}/_{319}$), совершенно справедливо указалъ, что требованія ст. 759 безусловны, что это процессуальное правило есть законъ позднѣйшій и въ немъ не сдѣлано никакихъ изъятій относительно ст. 146, а потому сенатъ и разъяснилъ, что и относительно малолѣтнихъ рецидивистовъ всегда долженъ быть поставленъ вопросъ о разумѣніи.

Но, принявъ такое толкованіе, сенатъ по необходимости долженъ былъ пойти далѣе. Какъ поступать въ томъ случаѣ, если на поставленный вопросъ о наличности полнаго разумѣнія присяжные или судьи отвѣтятъ отрицательно? Допустить и въ этомъ случаѣ примѣненіе ст. 146, значило бы придать закону абсурдное толкованіе. Основаніе, на коемъ покоится ст. 146, что повтореніе есть признакъ нравственной испорченности, составляетъ только юридическую презумпцію, но не аксіому; значеніе этой презумпціи по общему юридическому правилу падаетъ, какъ скоро будетъ доказано противное, а такое доказательство и составляетъ въ настоящемъ случаѣ отрицаніе разумѣнія. Поэтому сенатъ и установилъ чрезвычайно важное практическое правило (рѣшеніе $^{74}/_{46}$ о. с.), что, при отрицательномъ отвѣтѣ на вопросъ о разумѣніи, судъ не

можетъ примѣнять ст. 146, а руководствуется общими правилами о наказуемости малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ.

Такимъ образомъ, только при наличности этихъ условій, учиненное малолѣтнимъ, отбывшимъ уже наказаніе, новое преступное дѣяніе подходитъ подъ дѣйствіе ст. 146 ([1]).

Остается опредѣлить размѣръ вліянія этого повторенія на отвѣтственность.

Законъ говоритъ, что они наказываются одинаково съ совершеннолѣтними. Это значитъ, что никакое смягченіе или замѣна наказанія, по поводу ихъ малолѣтства или несовершеннолѣтія, не могутъ быть допускаемы со стороны суда; даже самое вовлеченіе ихъ въ преступную дѣятельность совершеннолѣтними теряетъ свое значеніе; они подлежатъ всѣмъ правопораженіямъ; они отбываютъ наказаніе въ тѣхъ же мѣстахъ заключенія, тюрьмахъ, арестантскихъ отдѣленіяхъ, какъ и взрослые, хотя, однако, правило объ отдѣльномъ ихъ содержаніи отъ взрослыхъ, какъ относящееся не къ наказуемости, а къ порядку отбыванія наказанія, статьею 146 не устраняется.

Но законъ не говоритъ, наказываются ли они, какъ совершеннолѣтніе въ первый разъ, или какъ совершеннолѣтніе рецидивисты. Сенатъ разрѣшилъ этотъ вопросъ въ неоднократно цитированномъ рѣшеніи 1874 г., № 46, въ томъ смыслѣ, что они отвѣчаютъ, какъ взрослые за первое и что даже указанное въ ст. 132 назначеніе наказанія за повтореніе въ высшей мѣрѣ къ повторенію, учиненному малолѣтними, не примѣнимо, ибо иначе одно и то же обстоятельство (повтореніе) служило бы къ двойному возвышенію наказанія, т. е. къ приравненію ихъ къ совершеннолѣтнимъ и къ признанію ихъ совершеннолѣтними-рецидивистами.

Уставъ о наказ. не повторилъ ст. 146; поэтому она ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть примѣнима мировымъ судьею, и

([1]) Сенатъ въ этомъ отношеніи пошелъ еще далѣе и высказалъ такое положеніе, что только при этихъ условіяхъ новое дѣяніе, учиненное малолѣтнимъ, считается вообще повтореніемъ. Но это положеніе изъ текста закона не вытекаетъ; напротивъ того, изъ него можно только заключить, что во всѣхъ остальныхъ случаяхъ малолѣтніе будутъ наказаны за повтореніе, но не какъ совершеннолѣтніе: вторая простая кража малолѣтняго будетъ несомнѣнно повтореніемъ, хотя и не подходитъ подъ ст. 146.

въ который бы разъ малолѣтній отъ 10—17 лѣтъ ни совершилъ преступное дѣяніе, если онъ только за него подлежитъ наказанію по приговору мировыхъ судей, онъ будетъ наказанъ, хотя и за повтореніе (напр. по 8 п. 170 ст.), но какъ несовершеннолѣтній, т. е. съ примѣненіемъ ст. 6 и 11 уст. о наказ.

Это положеніе сохраняетъ свою силу: во 1-хъ, въ томъ случаѣ, когда наказаніе по мировому уставу будетъ, по какимъ либо основаніямъ, назначаемо общими судебными мѣстами, относя сюда и случаи измѣненія подсудности при кражѣ, мошенничествѣ или присвоеніи, вслѣдствіе принадлежности виновнаго къ привилегированному состоянію; во 2-хъ, и въ тѣхъ случаяхъ, когда малолѣтній или несовершеннолѣтній, который судится мировымъ судьею, былъ уже наказанъ по уложенію.

Наоборотъ, отбытіе наказанія по уставу о наказ., въ случаѣ совершенія наказаннымъ равнаго или болѣе тяжкаго преступленія, караемаго по уложенію, служитъ основаніемъ для примѣненія ст. 146, съ тою лишь особенностью, какъ разъяснилъ сенатъ въ рѣшеніи 1874 г. за № 46 и во многихъ позднѣйшихъ, что всѣ случаи судимости и наказуемости по уставу о наказ. разсматриваются какъ одно преступное дѣяніе, такъ что въ этомъ случаѣ счетъ судимости для исчисленія числа повторительныхъ преступленій и счетъ для примѣненія ст. 146, не совпадаютъ. Такимъ образомъ, малолѣтній, наказанный дважды за простыя кражи, въ случаѣ учиненія имъ третьей кражи, будетъ судиться общими судебными мѣстами какъ за третью кражу; но относительно ст. 146 его дѣяніе будетъ почитаться второю кражею и онъ будетъ наказанъ, какъ совершеннолѣтній за 1-ю кражу, т. е. по ст. 169, но безъ примѣненія ст. 6 и 11, въ виду 146 статьи, даже если онъ былъ моложе 17 лѣтъ.

Этими разъясненіями практики обрисовываются въ главныхъ чертахъ условія отвѣтственности юныхъ преступниковъ за простую рецидиву, т. е. за учиненіе вторичнаго преступнаго дѣянія или приравниваемаго къ таковому. Но сенатское рѣшеніе 1874 г. едва затронуло еще болѣе трудный и запутанный вопросъ о сложной рецидивѣ, т. е. объ учиненіи преступнаго дѣянія въ третій, четвертый и т. д. разъ. Не вдаваясь въ спеціальныя подроб-

ности, я считаю необходимымъ указать, въ виду практической важности этого вопроса, только главнѣйшіе моменты.

1. Относится ли ст. 146 къ сложной рецидивѣ или же малолѣтній, разъ наказанный съ примѣненіемъ къ нему 146 статьи, почитается уже взрослымъ и его дальнѣйшая отвѣтственность опредѣляется по общимъ правиламъ? Утвердительный отвѣтъ значительно упрощалъ бы вопросъ, но, не говоря уже о страшной суровости такого толкованія, оно колеблется: во 1-хъ, тѣмъ, что требованіе ст. 759 у. у. с. о постановкѣ вопроса о разумѣніи относится безусловно и къ случаямъ этого рода; во 2-хъ, тѣмъ, что малолѣтній, наказанный съ примѣненіемъ ст. 146, если онъ затѣмъ совершитъ дѣяніе, караемое по уставу о наказ., будетъ отвѣчать какъ несовершеннолѣтній. Допустить противоположное толкованіе—значитъ ввести въ практику рядъ противорѣчій и придать ст. 146 распространительное толкованіе, что, по справедливому указанію сената, не должно быть допускаемо. Такимъ образомъ, второю и третьею рецидивою должно быть признаваемо только повтореніе, указанное въ ст. 146, со всѣми относящимися къ нему разъясненіями; виновный же въ учиненіи новаго преступнаго дѣянія, не подходящаго подъ эти условія, будетъ наказанъ по общимъ правиламъ объ отвѣтственности несовершеннолѣтнихъ.

2. Какъ опредѣлить при сложной рецидивѣ формальное сходство прежняго и новаго преступныхъ дѣяній? Очевидно, что ст. 146 можетъ быть примѣняема только въ томъ случаѣ, если новое дѣяніе будетъ тождественное или равное, или болѣе тяжкое, сравнительно съ тѣмъ, за которое онъ былъ уже наказанъ, какъ совершеннолѣтній, т. е. въ силу ст. 146.

3. И при сложной рецидивѣ общій счетъ повторительныхъ дѣйствій не совпадаетъ со счетомъ этихъ дѣйствій, какъ элементовъ примѣненія ст. 146. Такимъ образомъ, лицо, дважды наказанное мировымъ судьею за простую кражу, затѣмъ дважды наказанное общими судами, а затѣмъ совершившее простую кражу, должно быть наказано какъ совершеннолѣтній за третью кражу, хотя по счету кража эта была пятою, такъ какъ за его третью кражу онъ былъ наказанъ какъ совершеннолѣтній за первую; рѣшеніе не измѣнится, если мы представимъ смѣшанный порядокъ: 1-я—ква-

лифицированная, 2-я — простая, 3-я—квалифицированная, 4 и 5-я—простыя и т. д.

4. Дальнѣйшій вопросъ, какъ наказывать сложную рецидиву малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ? Существуетъ мнѣніе, что сложная рецидива должна наказываться, какъ и простая, т. е. въ который бы разъ ни примѣнялась ст. 146 къ несовершеннолѣтнему, онъ всегда будетъ наказанъ какъ совершеннолѣтній въ 1-й разъ; но это весьма симпатичное и гуманное толкованіе ст. 146 не находитъ себѣ подкрѣпленія ни въ текстѣ ст. 146, ни въ общемъ духѣ постановленій уложенія о повтореніи. Правда, что изъ Высочайше утвержденнаго 24 Іюня 1863 г. мнѣнія государственнаго совѣта по дѣлу Слѣпкова можно сдѣлать заключеніе, что и совѣтъ держался того же воззрѣнія; но внимательное чтеніе этого мнѣнія указываетъ, что вопросъ этотъ затронутъ тамъ совершенно мимоходомъ и принципіально вовсе не разсматривался; поэтому скорѣе можно согласиться съ другимъ мнѣніемъ, которое было высказано въ 1874 г. сенатомъ, что, при учиненіи несовершеннолѣтнимъ преступнаго дѣянія въ третій (а иногда и въ четвертый) разъ, должны быть примѣняемы постановленія объ отвѣтственности несовершеннолѣтнихъ во второй разъ или въ третій и т. д. [1].

---

[1] Конечно, и при этомъ толкованіи не устраняются всѣ сомнѣнія, возбуждаемыя статьею 146, зависящія въ особенности отъ различія постановленій устава и уложенія о малолѣтнихъ; такъ, напр., наказуемость рецидивы простыхъ кражъ, гдѣ всего чаще на практикѣ встрѣчаются недоразумѣнія, представится въ слѣдующемъ видѣ:

	1 р.	2 р.	3 р.	4 р.	5 р.
	Миров. суд.		Окружн. суд.		
Отъ 10—17 лѣтъ.	169, 11 у. н. тюрьма отъ $1^1/_2$ — 6 м. или испр. пр.	170 п. 8, 11, тюрьма отъ $1^1/_2$ м.—1 г. или испр. пр.	1655, 169 тюрьма 3—6 м.	1655, 170 п. 8 тюрьма отъ 3 м.—1 г.	1656 п. 1 наказ. по 4 ст. 31.
Отъ 17—21 года	169 тюрьма отъ 3—6 м.	170 п. 8 тюрьма отъ 3 м.—1 г.	169 тюрьма отъ 3—6 м.	170 п. 8 тюрьма отъ 3 м.—1 г.	1655 п. 1 по 4 ст. 31 ст.

Первое замѣчаніе, которое можно сдѣлать по этой системѣ, конечно, очевидно: третья кража будетъ наказываться слабѣе второй, но причина этого въ несогласованіи устава съ уложеніемъ, въ томъ, что, напр., лицо старѣе 17 лѣтъ, наказанное при первой и второй кражахъ какъ совершеннолѣтній, при третьей кражѣ становится несовершеннолѣтнимъ; но исправить этотъ недостатокъ закона можетъ только законодатель, а не судебная практика и не научное толкованіе закона.

367. Кромѣ разобранныхъ выше постановленій о возрастѣ уложенія и устава, нѣкоторыя специальныя правила содержатся въ другихъ частяхъ свода, а именно, въ сельско-судебномъ уставѣ, въ уставѣ о паспортахъ и бѣглыхъ, относительно бѣглыхъ бродягъ, и въ уставѣ о ссыльныхъ, относительно малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ каторжниковъ и ссыльно-поселенцевъ.

Наконецъ, особыя постановленія о малолѣтнихъ содержатся въ военно-уголовныхъ законахъ, которые различаютъ два періода возраста: малолѣтство отъ 10—17 и несовершеннолѣтіе до 21 года; относительно малолѣтнихъ отъ 10—17 лѣтъ ст. 82 постановляетъ, что въ случаѣ учиненія ими преступленія съ разумѣніемъ, наказаніе имъ смягчается на томъ же основаніи, какъ это опредѣлено въ уложеніи, но съ тѣмъ, что родъ наказанія опредѣляется виновному согласно съ постановленіями воинскаго устава по соотвѣтствію наказаній; причемъ, разумѣется, такая замѣна можетъ быть допустима только относительно исправительныхъ наказаній, которымъ должны бы были подвергнуться малолѣтніе; поэтому это указаніе не имѣетъ примѣненія въ тѣхъ случаяхъ, когда малолѣтніе подлежатъ отдачѣ въ монастырь или домашнимъ исправительнымъ мѣрамъ. Кромѣ того, воинскій уставъ говоритъ только о малолѣтнихъ, дѣйствовавшихъ съ разумѣніемъ; въ томъ же случаѣ, когда они будутъ признаны дѣйствовавшими безъ разумѣнія, примѣняются постановленія уложенія.

Относительно несовершенолѣтнихъ до 21 года воинскій уставъ содержитъ два постановленія: во 1-хъ (ст. 80), за преступленія и проступки, не соединенные съ нарушеніемъ обязанностей воинской службы, они наказываются по правиламъ ст. 139 и 140 уложенія, а за соединенныя съ нарушеніемъ этихъ обязанностей подлежатъ положенному въ законѣ наказанію, но съ уменьшеніемъ одною или, по усмотрѣнію суда, и двумя степенями; во 2-хъ (ст. 81), они вмѣсто смертной казни, не соединенной съ лишеніемъ всѣхъ правъ, подлежатъ заточенію въ крѣпость съ сокращеніемъ (вѣроятно противу нормальнаго по ст. 18) срока на $1/3$.

Нельзя не замѣтить, что эти постановленія представляются крайне сбивчивыми, такъ какъ законъ не объясняетъ даже, кого слѣдуетъ подразумѣвать подъ несовершеннолѣтними до 21 года.

Если примѣнять эти постановленія только къ возрасту отъ 17—21 года, то окажется полное противорѣчіе ихъ съ правилами уложенія, а если распространять ихъ и на возрастъ отъ 14—17 лѣтъ, то ст. 80 будетъ совершенно не согласована съ ст. 82.

368. Каждый возрастный періодъ, какъ по общимъ, такъ и по спеціальнымъ законамъ, оканчивается съ истеченіемъ полнаго срока, указаннаго въ законѣ; такимъ образомъ, напр., періодъ отъ 10—14 лѣтъ оканчивается съ истеченіемъ 14-го дня рожденія (по обыкновенному счету, въ существѣ 15-го). Срокъ этотъ притомъ опредѣляется ко времени учиненія преступленія, безотносительно время суда; поэтому ребенокъ, учинившій преступное дѣяніе на десятомъ году, не можетъ быть преданъ суду, хотя бы въ моментъ открытія преступнаго дѣянія ему было 12 лѣтъ; учинившій преступленіе на двадцатомъ году будетъ наказанъ съ примѣненіемъ 139 и 140 статей, хотя бы ему въ моментъ суда исполнилось 22 года.

Единственный затруднительный случай представляетъ въ этомъ отношеніи замѣна общихъ наказаній отдачею въ пріюты. Преступленіе было совершено, когда преступнику было еще 16 лѣтъ, но судится онъ, когда ему уже исполнилось 18 лѣтъ: можно ли отослать его въ пріютъ? Дѣйствующее право оставляетъ этотъ вопросъ безъ отвѣта, а проектъ уголовнаго уложенія содержитъ спеціальное постановленіе, что, буде виновному, во время обращенія приговора къ исполненію, уже исполнилось восемнадцать лѣтъ, то онъ подлежитъ заключенію въ тюрьмѣ съ сокращеніемъ срока противу замѣняемаго наказанія на половину, а при замѣнѣ поселенія—тюрьмѣ на пять лѣтъ.

Возрастъ констатируется или доказывается на основаніи документовъ рожденія; такъ, по ст. 413 у. у. с., показаніе о лѣтахъ провѣряется справкою изъ метрическихъ книгъ, а за неимѣніемъ ихъ, изъ ревизскихъ сказокъ или другихъ документовъ; за невозможностью же сихъ справокъ, возрастъ опредѣляется посредствомъ освидѣтельствованія чрезъ судебнаго врача. Если возрастъ не опредѣленъ съ точностью на предварительномъ слѣдствіи, то опредѣленіе его лежитъ на обязанности суда; но особаго вопроса

присяжнымъ о возрастѣ подсудимаго ни въ какомъ случаѣ поставлено быть не можетъ.

369. *2) Идіотизмъ.* Къ этой же группѣ причинъ, уничтожающихъ вмѣняемость, относится идіотизмъ или, какъ называетъ его наше уложеніе, безуміе отъ рожденія, т. е. болѣзненныя уклоненія въ развитіи мозга, прирожденныя или появившіяся въ періодъ дѣтства. Идіотизмъ прирожденный можетъ быть унаслѣдованнымъ, какъ, напр., у дѣтей эпилептиковъ, идіотовъ, запойныхъ пьяницъ, или онъ является результатомъ болѣзней зародыша, выражаясь въ раннемъ сращеніи черепныхъ швовъ, препятствующихъ развитію мозга, въ уменьшеніи поперечника черепа и т. д. Идіотизмъ пріобрѣтенный бываетъ продуктомъ болѣзней дѣтскаго возраста, въ особенности мозговыхъ, а иногда даже продуктомъ дурныхъ гигіеническихъ условій. Но, конечно, для юриста всѣ эти различія прирожденнаго и пріобрѣтеннаго идіотизма не имѣютъ значенія; равнымъ образомъ, безразлично, соединялся ли идіотизмъ съ внѣшнимъ уродствомъ, какъ кретинизмъ, или нѣтъ.

Гораздо важнѣе вопросъ о степени идіотизма, такъ какъ промежутокъ между лицомъ, безусловно неспособнымъ къ умственной дѣятельности и человѣкомъ развитымъ, талантливымъ, наполненъ массою переходныхъ формъ. Дѣйствующее право предоставляетъ установленіе этихъ границъ суду при содѣйствіи экспертизы, но противополагаетъ безумію—слабоуміе, признавая послѣднее только обстоятельствомъ, вліяющимъ на уменьшеніе наказанія (ст. 134, п. 4). По проекту, этою гранью служитъ общій критерій вмѣняемости.

Точно также и съ психіатрической точки зрѣнія различаютъ два типа, которые можно бы было характеризовать какъ состояніе безусловной и условной невмѣняемости. Къ первому типу нужно отнести полное безмысліе, когда лицо не имѣетъ даже способности самоудовлетворять свои животныя потребности, когда въ немъ не замѣчается никакихъ душевныхъ волненій, у него отсутствуетъ способность рѣчи, свои ощущенія онъ передаетъ звуками или несвязными словами; равнымъ образомъ, сюда же можно относить и тупоуміе, когда лицо пригодно къ воспринятію конкретныхъ впечатлѣній, но лишено способности отвлекать,

мышленіе отсутствуетъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ не существуютъ и представленія о добрѣ и злѣ, о правѣ и обязанности. Животные инстинкты, въ особенности ощущеніе голода, являясь исключительнымъ мотивомъ дѣятельности, доводятъ до безсмысленнаго изступленія и бѣшенства, побуждая къ поджогамъ, изнасилованію, убійству, совершаемому иногда самымъ звѣрскимъ образомъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ не можетъ быть и рѣчи о вмѣняемости.

Ко второму типу относится слабоуміе, близко граничащее съ обыкновенною глупостью, легкомысліемъ, невѣжествомъ и различающееся отъ нормальнаго состоянія количественно. Для правильнаго сужденія о слабоумномъ необходимо изслѣдовать его всесторонне, такъ какъ бываютъ случаи, что у субъектовъ этой категоріи проявляются иногда даже замѣчательныя способности въ опредѣленномъ направленіи, напр., въ музыкѣ, живописи; иногда у такихъ субъектовъ можно даже наблюдать наличность отвлеченныхъ понятій о справедливости, правѣ, но воспринятыхъ совершенно механически, безъ способности къ практическому ихъ примѣненію. Умственный кругозоръ ихъ крайне ограниченъ вслѣдствіе скуднаго запаса понятій, въ особенности этическаго содержанія, и эта умственная незрѣлость отражается и на ихъ языкѣ, бѣдномъ формами и образами, и на ихъ характерѣ, легковѣрномъ, податливомъ, неустойчивомъ. Въ ихъ настроеніи преобладаютъ эгоистическіе инстинкты и стремленія, имъ чужды общественные интересы, увлеченія и страданія. Слабоумный уподобляется во многомъ ребенку, а потому въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ необходимо особо разслѣдовать наличность у него разумѣнія по отношенію къ совершенному; при отсутствіи его, слабоумный долженъ быть освобожденъ отъ отвѣтственности, а при наличности разумѣнія слабоуміе можетъ быть только причиною смягченія отвѣтственности (1).

---

(1) Крафтъ-Эбингъ, учебникъ психіатріи 1882 г., замѣчаетъ: какъ бы ни были различны степени безумія, разграничительною чертою ихъ отъ слабоумія служатъ полная зависимость существующихъ у безумнаго отрывочныхъ и скудныхъ представленій отъ чувственнаго элемента и абсолютная неспособность къ образованію изъ воспринятыхъ впечатлѣній отвлеченныхъ идей, понятій и сужденій . . . . Не во всѣхъ слабоумныхъ слѣдуетъ отрицать способность ко вмѣненію; сообразно съ степенью ихъ правоваго развитія и ихъ, хотя и слабаго,

370. *3) Глухонѣмота.* Къ числу причинъ, устраняющихъ вмѣняемость, и законъ и теорія относятъ только одинъ видъ недостатка органовъ воспріятія — глухонѣмоту. Причина этого заключается въ томъ, что, хотя возможность воспріятія впечатлѣній отъ предметовъ окружающаго насъ міра составляетъ основное условіе психическаго развитія, такъ что полное лишеніе всѣхъ органовъ или способности функціонировать ими, происшедшее въ дѣтствѣ, прежде чѣмъ началась умственная жизнь, должно повлечь за собою полный идіотизмъ; но роль, которую играютъ эти лишенія въ отдѣльности въ психической жизни человѣка, далеко не одинакова и первенствующее значеніе, въ особенности относительно жизни общественной, получаютъ органы слуха и языка.

Въ самомъ дѣлѣ, если способность выражать свои ощущенія и впечатлѣнія въ звукахъ и мимикѣ обща человѣку и животнымъ, то во всякомъ случаѣ способность къ членораздѣльности звуковъ, къ образованію словъ и рѣченій, однимъ словомъ, способность рѣчи, составляетъ исключительное свойство человѣка, его характеристическую особенность, безъ которой была бы немыслима цивилизація, безъ которой не было бы той рѣзкой грани, отдѣляющей нынѣ человѣка отъ царства животныхъ. Такое же значеніе имѣетъ и слухъ, какъ необходимое дополненіе языка. Словомъ и звукомъ мы передаемъ другимъ результаты нашей умственной дѣятельности, мы дѣлаемъ другихъ сопричастниками нашей психической жизни, со всѣми ея радостями и горемъ, волненіями и ощущеніями. При помощи слуха мы сами воспріемлемъ подобныя впечатлѣнія отъ окружающихъ; мало того, самое образованіе способности говорить вполнѣ обусловлено наличностью органовъ слуха, дающаго возможность опредѣлять характеръ и силу звуковъ нашего голоса, сравнивать и уподоблять ихъ звукамъ, приходящимъ извнѣ. Оттого прирожденная или пріобрѣтенная въ малолѣтствѣ глухота непремѣнно

характера, они способны къ юридической отвѣтственности; но при этомъ не слѣдуетъ забывать, что характеръ ихъ не развитъ, нравственное чувство крайне недостаточно, сознаніе правоваго значенія дѣянія и его послѣдствій ограничено; они наклонны къ чувственнымъ эксцессамъ, особенно половымъ, причемъ эти стремленія не уравновѣшиваются нравственными противодѣйствующими мотивами. . . .

обусловливаетъ нѣмоту, а вмѣстѣ съ тѣмъ утрачивается не только способность къ передачѣ результатовъ умственной работы другимъ, но и способность къ индивидуальному мышленію, такъ какъ и оно оперируетъ со словами и выраженіями, въ которыя мы облекаемъ всѣ наши понятія и сужденія.

Поэтому, глухонѣмота двояко отражается на психической жизни страдающаго ею. Во 1-хъ, она проявляется въ ограниченіи умственной дѣятельности, зависящей какъ отъ недостатка основныхъ элементовъ мышленія—понятій, такъ, въ особенности, отъ неумѣнья ихъ комбинировать: у глухонѣмаго понятія нравственнаго и правоваго порядка почти совершенно отсутствуютъ; во 2-хъ, такое же вліяніе производитъ этотъ недостатокъ въ сердечной жизни глухонѣмыхъ, въ ихъ настроеніи. Лишеніе возможности слышать отзывы сочувствія, любви, сожалѣнія, отсутствіе способности выражать свои горе и радость, свои симпатіи и антипатіи, естественно заставляетъ глухонѣмаго черствѣть, дѣлаетъ его замкнутымъ въ личные интересы, сухимъ, бездушнымъ эгоистомъ. А все это, взятое вмѣстѣ, дѣлаетъ глухонѣмаго неспособнымъ ко вмѣняемости.

Это начало принято и въ нашемъ правѣ; уложеніе прямо говоритъ объ этомъ въ ст. 98, а уставъ о наказ., хотя въ ст. 10, при перечнѣ причинъ, устраняющихъ вмѣняемость, о глухонѣмотѣ не упоминаетъ, но я полагаю, что этотъ пробѣлъ долженъ быть пополненъ согласно уложенію, такъ какъ ст. 10 составляетъ только повтореніе ст. 92, въ которой тоже о глухонѣмотѣ не упоминается, но для которой дальнѣйшія ст. 93—103, а въ томъ числѣ и ст. 98, служатъ только дальнѣйшимъ развитіемъ.

По проекту глухонѣмота, какъ и идіотизмъ, обнимаются общимъ понятіемъ недостатка умственныхъ способностей.

Но, разумѣется, такое вліяніе можетъ имѣть глухонѣмота, образовавшаяся еще въ тотъ періодъ, когда умственная жизнь только что начинается, въ младенчествѣ: глухонѣмота препятствуетъ умственному развитію, но не уничтожаетъ его; поэтому и уложеніе говоритъ о глухонѣмыхъ отъ рожденія или лишившихся слуха и языка въ дѣтствѣ, причемъ срокъ дѣтства законъ вовсе не опредѣляетъ, предоставляя суду установленіе этого признака въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

Далѣе, несомнѣнно, что возможно искусственное восполненіе этого органическаго недостатка при помощи окружающей среды, путемъ воспитанія. Жизненный опытъ указываетъ намъ, что многіе изъ глухонѣмыхъ, получившихъ образованіе, не только достигаютъ средняго уровня развитія, но, при хорошихъ способностяхъ, даже выдвигаются за эти предѣлы: письмо и мимика замѣняютъ для нихъ слово въ общеніи съ другими, и дѣлаютъ ихъ участниками общественной жизни; понятно, что при этихъ условіяхъ способность ко вмѣненію существуетъ. Такъ, и наше уложеніе говоритъ, что глухонѣмой тогда только освобождается отъ отвѣтственности, когда будетъ точно доказано, что онъ не получилъ никакого понятія объ обязанностяхъ и законѣ ни чрезъ воспитаніе, ни чрезъ сообщество съ другими людьми. Установленіе наличности этого развитія принадлежитъ суду и ни въ какомъ случаѣ не стоитъ въ зависимости отъ формальнаго условія—нахожденія въ спеціальномъ заведеніи для глухонѣмыхъ. Какъ скоро констатировано, что глухонѣмой получилъ требуемое закономъ развитіе, его глухонѣмота по уложенію не только не устраняетъ вмѣняемости, но сама по себѣ даже не служитъ обстоятельствомъ, смягчающимъ наказаніе (1).

Пораженіе другихъ органовъ чувствъ, какъ по нашему законодательству, такъ и съ точки зрѣнія теоріи, не имѣетъ само по себѣ никакого вліянія на вмѣняемость, если только оно не вызвало психическаго разстройства.

---

(1) Кодексъ бельгійскій, въ ст. 76, постановляетъ, чтобы въ дѣлахъ о глухонѣмыхъ ставился особый вопросъ объ ихъ разумѣніи и, въ случаѣ признанія наличности таковаго, наказываетъ глухонѣмаго какъ несовершеннолѣтняго. Напротивъ того, французскій кодексъ не упоминаетъ о глухонѣмотѣ и французскій кассаціонный судъ призналъ ихъ безусловно отвѣтственными. Ср. Dalloz, codes, § 64, № 169. Германскій кодексъ также требуетъ относительно глухонѣмыхъ постановки особаго вопроса о вмѣняемости. Крафтъ-Эбингъ предлагаетъ всегда разсматривать глухонѣмыхъ какъ слабоумныхъ; Бернеръ, Брукъ, полагаютъ необходимымъ во всякомъ случаѣ смягчать имъ наказаніе, а Кестлинъ въ System, стр. 141, даже полагалъ ихъ вовсе освобождать отъ отвѣтственности. Предложенія о смягченіи наказанія глухонѣмымъ, хотя бы дѣйствовавшимъ съ разумѣніемъ, были сдѣланы и нѣкоторыми нашими практиками при разсмотрѣніи проекта уголовнаго уложенія; но редакціонная коммисія, какъ указано въ объяснительной запискѣ, не нашла достаточныхъ для этого основаній, полагая, что глухонѣмота можетъ только вліять на выборъ мѣры наказанія по усмотрѣнію суда.

371. *4) Дикость.* Къ этой же группѣ причинъ, устраняющихъ способность ко вмѣненію, могутъ быть отнесены, хотя и рѣдко встрѣчающіеся, случаи полной дикости, учиненіе преступнаго дѣянія лицомъ, выросшимъ въ средѣ, въ которой не существуетъ идей о правѣ и нравственности, о законѣ и его требованіяхъ. Дѣйствующее уложеніе, впрочемъ, не упоминаетъ особо объ этомъ условіи невмѣняемости (¹).

372. *Утрата дѣеспособности. 1) Душевныя болѣзни.* Перехожу къ группѣ обстоятельствъ, устраняющихъ уже пріобрѣтенную вмѣняемость, первое мѣсто между которыми занимаютъ душевныя болѣзни (²).

«Еще въ прошломъ столѣтіи, говоритъ Дюбюиссонъ, освобожденіе преступника отъ уголовной отвѣтственности по поводу его психической ненормальности было явленіемъ совершенно исключительнымъ. Для этого было необходимо, чтобы помѣшательство было тысячу разъ очевидно, чтобы оно бросалось въ глаза судьямъ. Извѣстно также, какая участь ожидала несчастныхъ, избѣгшихъ этимъ путемъ тюрьмы или эшафота: жизнь въ страшныхъ каморкахъ смирительныхъ домовъ, съ оковами на рукахъ и ногахъ, скверная пища, однимъ словомъ, содержаніе дикихъ животныхъ. Можно было спросить, что выигрывали умалишенные, признанные невмѣняемыми» (³)?

Но мало по малу, и прежде всего во Франціи, стала расширяться область невмѣняемости въ силу душевнаго разстройства; за пол-

(¹) Ср. также Bruck, § 67.

(²) См. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, пр. 312. Въ особенности можно указать на сочиненіе Гризингера, душевныя болѣзни, пер. Овсянникова, 1867 г.; Г. Маудсли, отвѣтственность при душевныхъ болѣзняхъ, пер. Чечотта, 1875 г.; Крафтъ-Эбингъ, учебникъ психіатріи, пер. Черемшанскаго, 1882 г.; Казачковъ, психіатрія и право, въ юридическомъ вѣстникѣ за 1880 г.

(³) Ср. весьма интересную статью: Dubuisson, de l'évolution des opinions en matiére de responsabilité; не смотря на то, что авторъ психіатръ и статья напечатана въ недавно основанномъ журналѣ Archives de l'anthropologie criminelle (1887 г., № 8, стр. 101 и сл.), онъ весьма предостерегаетъ отъ новѣйшихъ увлеченій психіатріи. Много интересныхъ данныхъ по вопросу о вліяніи душевныхъ болѣзней на вмѣняемость можно найти въ изслѣдованіи А. Дриля, малолѣтніе преступники, 1884 г., въ изслѣдованіи по направленію, впрочемъ, совершенно противоположномъ статьѣ Дюбюиссона.

нымъ помѣшательствомъ послѣдовало частичное, мономанія, болѣзненныя пораженія воли, наконецъ извращеніе наклонностей, нравственное вырожденіе, психопатія, такъ что теперь картина совершенно измѣняется и признаніе невмѣняемости преступниковъ въ силу ихъ психическаго разстройства становится явленіемъ весьма частымъ: преступность въ глазахъ многихъ психіатровъ разсматривается какъ разновидность сумасшествія (1).

Классификація и симптомологія психическихъ болѣзней не входятъ, впрочемъ, въ курсъ уголовнаго права, а относятся къ психіатріи, тѣмъ болѣе, что съ практико-юридической стороны эти различія не имѣютъ значенія; для юриста важно только, чтобы экспертиза доказала, что обвиняемый находился въ моментъ совершенія дѣянія въ состояніи такого психическаго разстройства, въ силу коего учиненное не вмѣняется ему въ вину. Такъ и наше уложеніе о наказаніяхъ въ ст. 95 говоритъ, что преступленіе или проступокъ, учиненные сумасшедшими, не вмѣняются въ вину, причемъ слово сумасшествіе не имѣетъ техническаго значенія и на столько неопредѣленно, что можетъ быть прилагаемо ко всѣмъ видамъ душевныхъ страданій; при этомъ уложеніе прибавляетъ

(1) По поводу стремленія видѣть въ каждомъ преступникѣ психически-больнаго, я позволю повторить сказанное мною въ 1874 г., въ курсѣ I, прим. 315: «теперь психіатрія сдѣлала большіе шаги впередъ, хотя ея истинно-научная основа, физіологическая психологія только еще зарождается: масса наблюденій придаетъ дѣйствительную вѣскость мнѣнію знающаго и опытнаго психіатра; но за то нерѣдко встрѣчается нынѣ другое обстоятельство, грозящее сдѣлаться новымъ источникомъ судебныхъ ошибокъ, — это стремленіе многихъ психіатровъ выйти за предѣлы своей компетентности, замѣнить истинно-медицинскую точку зрѣнія отвлеченной, тенденціозной, стремленіе, по естественнымъ причинамъ вызывающее нерѣдко недовѣріе и ко всѣмъ выводамъ эксперта-психіатра. Психіатры забываютъ, что ихъ задача состоитъ не въ рѣшеніи вопроса о томъ: заслуживаетъ ли данное лицо общественной кары, а что они констатируютъ только то, что находился ли обвиняемый въ моментъ совершенія дѣянія въ болѣзненномъ состояніи или нѣтъ. Обсужденіе же этого вопроса должно быть сдѣлано врачемъ, по возможности, независимо отъ юридической или моральной оцѣнки дѣянія . . .; идея о томъ, что карательная дѣятельность государства, безотносительно къ ея содержанію, есть зло и притомъ не только при будущемъ идеальномъ, но даже и при настоящемъ строѣ общественномъ, нерѣдко проглядывающая въ психіатрическихъ трудахъ, приводитъ даже къ защитѣ такого парадокса, что всякое преступленіе есть сумасшествіе».

указаніе на критерій невмѣняемости душевно больныхъ несомнѣнно неудачный, а именно: «что сумасшедшій по состоянію своему въ то время не могъ имѣть понятія о противозаконности и о самомъ свойствѣ своего дѣянія», такъ что, при буквальномъ примѣненіи текста, пришлось бы значительное число душевно-больныхъ признать вмѣняемыми и притомъ даже такихъ, которые несомнѣнно относятся къ неизлѣчимо-помѣшаннымъ.

Редакціонная коммисія въ проектѣ уголовнаго уложенія употребляетъ еще болѣе широкій терминъ—болѣзненное разстройство душевной дѣятельности, предполагая однако, что подъ это понятіе подойдутъ только такія формы психическихъ страданій, при которыхъ уничтожается общій критерій вмѣняемости, т. е. способность сознавать свойство и значеніе совершаемаго и способность руководить сознаннымъ.

Поэтому, не касаясь классификаціи и характеристики отдѣльныхъ видовъ психическихъ страданій, я остановлюсь только на нѣкоторыхъ относящихся сюда вопросахъ, возбуждающихъ особенный интересъ съ юридической точки зрѣнія.

373. Болѣзненное разстройство душевной дѣятельности можетъ быть не только непрерывное, прогрессирующее или непрогрессирующее, поддающееся излѣченію или неизлѣчимое, но оно можетъ быть и періодическое, прерывающееся, такъ что между отдѣльными приступами помѣшательства могутъ быть болѣе или менѣе продолжительные перерывы, такъ называемые свѣтлые промежутки (lucida intervalla). Поэтому и въ теоріи, и въ практикѣ возникаетъ вопросъ о юридическомъ значеніи преступныхъ дѣйствій, учиненныхъ въ эти промежутки. Съ логической точки зрѣнія, конечно, можно сказать, что если болѣзнь вполнѣ прекратилась, хотя бы и на время, то всѣ дѣйствія, совершенныя въ этомъ здоровомъ состояніи, должны быть вмѣняемы совершившему; къ такому же толкованію приводятъ и выраженія ст. 95 уложенія, въ которой указано, что сумасшествіе должно относиться къ моменту учиненія дѣянія. Но подобное положеніе возбуждаетъ противъ себя возраженія психіатровъ. Никакой врачъ, говорятъ они, а тѣмъ болѣе судья, не въ состояніи, при подобныхъ условіяхъ, констатировать полное выздоровленіе больнаго; психіатрія указываетъ намъ, что

психическая болѣзнь очень часто можетъ быть въ формѣ такъ называемаго скрытаго періода помѣшательства, котораго признаки могутъ быть уловлены развѣ только при постоянномъ наблюденіи опытнаго психіатра (amentia seu insania occulta), и что очень часто эту форму можно принять за свѣтлый промежутокъ. Поэтому большинство новѣйшихъ криминалистовъ допускаетъ для этихъ періодовъ, по крайней мѣрѣ, презумпцію невмѣняемости. Кромѣ того, въ связи съ этою скрытою формою помѣшательства современная психіатрія признаетъ существованіе такъ называемаго внезапнаго, скоропроходящаго помѣшательства [1] (furor transitorius); понятно, что и юристы должны признать подобное состояніе причиною невмѣняемости. Въ этихъ случаяхъ приступъ проявляется внезапно, развивается весьма быстро, продолжается нѣсколько часовъ и потомъ исчезаетъ или безслѣдно, или возобновляясь черезъ болѣе или менѣе продолжительные періоды времени. По большей части, подобные приступы вызываются сильными приливами крови къ головѣ и характеризуются довольно рѣзкими соматическими и психологическими признаками. Если подобный приступъ происходитъ при свидѣтеляхъ, то, по справедливому замѣчанію Крафтъ-Эбинга, онъ на столько характеристиченъ, что доказать его не трудно; но если свидѣтелей не было, то, при обсужденіи этого вопроса, нужно быть весьма осторожнымъ, такъ какъ приходится основываться только на поведеніи преступника во время дѣйствія, въ особенности имѣя въ виду, что одно видимое отсут-

---

(1) Крафтъ-Эбингъ, ученіе объ остромъ или скоропроходящемъ помѣшательствѣ, пер. Гольденбаха, 1867 г.; Маудсли, стр. 311, говоритъ: «допуская съ полнымъ убѣжденіемъ существованіе временнаго помѣшательства послѣ какого нибудь сильнаго внѣшняго возбужденія, тамъ, гдѣ можно доказать эпилептическій или душевно-болѣзненный неврозъ или поврежденіе головы, отъ котораго въ то самое время или позднѣе пострадали умственныя способности, или, наконецъ, тамъ, гдѣ отъ прежняго приступа помѣшательства осталась наклонность къ повторенію болѣзни, я, конечно, отношусь съ крайнимъ недовѣріемъ къ тѣмъ случаямъ, когда временное помѣшательство приводится въ извиненіе преступленія помимо наличности одного изъ перечисленныхъ условій. Возможно, что внезапный приступъ помѣшательства дѣйствительно овладѣлъ преступникомъ и прошелъ также внезапно, но пока единственнымъ доказательствомъ этого факта остается одно только преступленіе, благоразуміе заставляетъ отвергать такія заявленія».

ствіе мотивовъ дѣятельности само по себѣ не служитъ еще достаточнымъ доказательствомъ психическаго разстройства.

374. Далѣе, признакомъ болѣзненнаго разстройства душевной дѣятельности отнюдь нельзя считать безсмысленный несвязный бредъ и столь же безсмысленные сумасбродные поступки; это примитивное понятіе о сумасшествіи давно уже отвергнуто.

Первое посѣщеніе помѣщенія душевно-больныхъ убѣдитъ насъ, что между содержащимися тамъ мы найдемъ весьма немного такихъ больныхъ, у коихъ съ очевидностью выражается полная безпорядочность идей и представленій, свойственная маніакамъ, или полное притупленіе, безчувственность ко всему окружающему, характеризующая меланхоликовъ; напротивъ, большинство больныхъ оказываются возбужденными или задумчивыми настолько же, какъ и большинство лицъ, насъ окружающихъ. Они занимаются своимъ дѣломъ, какъ и всѣ; заговорите съ ними, они отвѣтятъ вполнѣ обдуманно, логично; многіе изъ нихъ поразятъ своими позваніями, чистотою и правильностью ихъ языка, правильностью ихъ сужденія по огромному большинству вопросовъ. Но они—помѣшанные и мало того, съ точки зрѣнія общественныхъ интересовъ, наиболѣе опасные; у нихъ существуетъ извѣстная сумма идей, извѣстная група психическихъ функцій совершенно анормальныхъ, это—однопредметно-помѣшанные или, какъ назвалъ ихъ знаменитый Эскироль, мономаны.

Ихъ существованіе объясняется условіями извращенія психической дѣятельности человѣка, его мышленія, его сужденій. Это извращеніе относится, какъ указываетъ психіатрія, или къ процессу мышленія, или къ его содержанію. Въ первомъ случаѣ мы встрѣчаемъ или замедленіе мыслительной дѣятельности, соединенное съ потерею памяти: больной затрудняется въ пріисканіи словъ, повторяетъ одно и то же слово нѣсколько разъ и т. п., или же, наоборотъ, у больнаго появляется усиленная мозговая дѣятельность, гоньба идей и представленій, которыя весьма скоро утрачиваютъ связь и послѣдовательность. При извращеніи же содержанія мышленія, къ понятіямъ и представленіямъ, почерпнутымъ изъ міра объективнаго, начинаютъ примѣшиваться исключительно субъективныя, ни съ чѣмъ несообразныя представленія. Эти ложныя идеи

и представленія прививаются не сразу; человѣкъ часто долгое время видитъ ихъ ненормальность, пугается ихъ, борется съ ними, и только мало по малу подчиняется ихъ господству; иногда эти извращенныя идеи и представленія охватываютъ все міросозерцаніе человѣка, давая картину полнаго помѣшательства (Verrücktheit); иногда они относятся къ небольшому ограниченному кругу идей, такъ что въ другомъ отношеніи психическая дѣятельность, не только по формѣ, но и по содержанію, представляется, повидимому, нормальною—однопредметное помѣшательство.

Но можетъ ли подобная мономанія уничтожить вмѣняемость? Не слѣдуетъ ли признать, что всѣ дѣйствія, постороннія пункту помѣшательства, должны быть вмѣняемы, такъ какъ больной разсуждаетъ вполнѣ здраво о всемъ томъ, что не касается его idée fixe?

Утвердительный отвѣтъ защищается и нынѣ многими криминалистами [1]. Но было бы ошибочно, какъ замѣчаетъ Гризингеръ, вѣрить въ существованіе такого типа сумасшествія, въ которомъ бы больной имѣлъ только одну сумазбродную идею, и былъ бы совершенно здоровъ въ другихъ отношеніяхъ: и при частномъ помѣшательствѣ вся психологическая индивидуальность потрясена. Нѣтъ никакой возможности, замѣчаетъ другой нѣмецкій психіатръ, Иделеръ, отдѣлить больную часть души отъ здоровой; одну подвергнуть судебному преслѣдованію, а другую—освободить отъ всякаго наказанія.

375. Кромѣ однопредметнаго помѣшательства, душевное разстройство можетъ распространяться на сферу ощущеній, чувствованій, на болѣзненное измѣненіе способности правильно оцѣнивать сознанное и сообразно этому, руководить собою и своими дѣйствіями, причемъ такое измѣненіе или является первымъ проявленіемъ наступающаго психическаго разстройства, или же составляетъ характеристическій признакъ всей душевной болѣзни. Воспріятіе впечатлѣнія, логическая конструкція идей и представленій, вся

(1) Такъ, изъ французскихъ криминалистовъ защищаютъ отвѣтственность однопредметно-помѣшанныхъ за всѣ дѣянія, выходящія за предѣлы ихъ idée fixe—Bertauld, стр. 318; Trébutien, стр. 395; въ Германіи Geib, стр. 79. Köstlin, System, стр. 153, предлагаетъ въ этихъ случаяхъ назначать дисциплинарную отвѣтственность.

умственная работа совершается, повидимому, по тѣмъ же законамъ, какъ и у людей здоровыхъ; но измѣняется процессъ оперированія этими представленіями, какъ мотивами дѣятельности. Такое ненормальное состояніе проявляется или въ видѣ душевной подавленности, тоски, когда у больнаго преобладаютъ аффекты, гнетущіе, подавляющіе психическую дѣятельность и доводящіе ее иногда до состоянія полной притупленности, или же въ видѣ экзальтаціи, безпричиннаго побужденія, усиленнаго и скораго теченія представленій, безпричиннаго перехода отъ печали къ радости, отъ унынія къ веселости. Больной разсматриваетъ все подъ извѣстнымъ угломъ зрѣнія; во всемъ старается отыскать иное, скрытое для другихъ, но ясное для него значеніе: каждое слово, движеніе становятся для него не только намекомъ, но яснымъ указаніемъ, опредѣленіемъ; недовѣріе и подозрительность поддерживаются тѣмъ, что способность психическаго сопротивленія все болѣе и болѣе парализуется и, наконецъ, вся психическая личность больнаго измѣняется: нѣжно любимыя лица становятся предметомъ ужаса и отвращенія, а прежніе интересы, стремленія замѣняются противоположными, по преимуществу крайне эгоистичными (1).

376. Этою областью ненормальныхъ психическихъ состояній не исчерпываются всѣ типы душевныхъ страданій; новѣйшая психіатрія пытается еще болѣе расширить кругъ невмѣняемыхъ дѣяній, причисляя сюда и такія состоянія, гдѣ остается нормальнымъ сформированіе идей и представленій, сфера мыслительная, гдѣ также нормальною является и сфера ощущеній, чувствованій и, слѣдовательно, оцѣнка сознаннаго, какъ возможнаго мотива дѣятельности, но гдѣ парализована или болѣзненно измѣнена способность дѣйствовать по закону достаточной причины, вмѣсто коей является неодолимое, неотвратимое стремленіе или наклонность къ преступленію. Это именно та почва, на которой и понынѣ ведется жаркій бой не только между юристами и врачами, но даже и между психіатрами, причемъ, какъ и всегда, сторонн

---

(1) Крафтъ-Эбингъ, Болѣзненныя настроенія души, переводъ Чацкаго, 1868 г.

доходятъ до крайностей, зачисляя, съ одной стороны, въ группу психическихъ болѣзней всякое проявленіе преступности, считая самое преступленіе симптомомъ болѣзни; а съ другой, отрицая существованіе какихъ бы то ни было болѣзненныхъ случаевъ проявленія самыхъ извращенныхъ наклонностей, извращеннаго настроенія воли.

Трудность опредѣленія практическаго значенія этого типа психической ненормальности значительно усиливается еще отъ того, что между психіатрами, его защищающими, не существуетъ единства воззрѣній какъ относительно объема, такъ и относительно характеристическихъ его признаковъ. Между ними въ этомъ отношеніи можно подмѣтить два теченія: одни видятъ въ такомъ состояніи патологическую форму психической жизни, психическую болѣзнь, другіе же разсматриваютъ такое состояніе, какъ проявленіе предрасположенной къ тому организаціи, какъ продуктъ вырожденія.

Представителемъ перваго оттѣнка является еще недавно весьма распространенное ученіе о неотразимыхъ влеченіяхъ къ учиненію опредѣленной категоріи преступленій, какъ пироманія или наклонность къ поджогамъ, клептоманія—наклонность къ воровству, фономанія — наклонность къ убійству и т. д. Но всѣ эти типы нынѣ въ психіатріи или подведены подъ формы дѣйствительнаго психическаго разстройства, или отброшены, какъ фантомы, имѣвшіе, по замѣчанію Иделера, одну цѣль—облегчить малосвѣдущимъ экспертамъ разрѣшеніе трудныхъ вопросовъ психіатріи ([1]).

Болѣе устойчивыми оказались другія ученія того же оттѣнка о такъ называемыхъ импульсивномъ и нравственномъ помѣшательствахъ (manie raisonnante, manie lucide, folie morale), находящія и нынѣ многихъ сторонниковъ между психіатрами.

Подъ импульсивнымъ помѣшательствомъ, говоритъ Маудсли (ст. 194), нужно понимать такую ненормальность психической жизни, когда мыслительныя функціи совершаются правильно, когда не поколеблена, по крайней мѣрѣ замѣтнымъ образомъ,

---

([1]) У насъ вопросъ о пироманіи былъ спеціально возбужденъ министерствомъ юстиціи въ 1864 г., и медицинскій совѣтъ отвергъ существованіе этой формы душевнаго разстройства.

сфера ощущеній и чувствъ, но у человѣка являются неожиданныя, противорѣчивыя его пониманію, его склонностямъ и чувствамъ стремленія, порывы, направляющіе его къ преступной дѣятельности, въ особенности къ насильственнымъ дѣйствіямъ противу себя или другихъ лицъ; больной сознаетъ всю нелѣпость этихъ побужденій; они направляются противъ лицъ, къ которымъ онъ не только не имѣетъ никакихъ враждебныхъ чувствъ, а напротивъ, съ которыми связанъ чувствами глубокой дружбы, истинной любви, напр., противъ жены, дѣтей; больной усиленно борется съ этими стремленіями, принимаетъ предупредительныя мѣры, напр., въ моментъ такого гнетущаго побужденія, удаляясь въ дома для умалишенныхъ; иногда ему удается побороть эти порывы, предупредить ихъ послѣдствія, а иногда они воплощаются въ самоубійство или въ кровавыя, тяжкія, необъяснимыя злодѣянія. Подобно тому, какъ разстроенное состояніе нервныхъ центровъ ведетъ къ нарушенію координаціи движеній и производитъ спазматическую или конвульсивную мышечную дѣятельность, такъ и разстроенное состояніе психическихъ центровъ ведетъ къ нарушенію здоровой координаціи идей и производитъ спазматическую или конвульсивную психическую дѣятельность. Въ одномъ случаѣ человѣкъ не имѣетъ возможности производить правильныхъ движеній; въ другомъ—онъ не въ силахъ правильно думать; въ обоихъ случаяхъ движеніе и мысль зло играютъ имъ, хотя и при полномъ сознаніи съ его стороны.

Съ инымъ характеромъ является характеристика нравственнаго помѣшательства. Существуетъ, говоритъ Маудсли (стр. 220), форма умственнаго разстройства, при которой, безъ всякихъ мнимыхъ и ложныхъ ощущеній или нелѣпыхъ идей, симптомы болѣзни проявляются главнымъ образомъ въ извращеніи нравственныхъ началъ, въ извращеніи привязанностей, наклонностей, настроенія, привычекъ и поступковъ. Вся нравственная жизнь человѣка потрясена въ корнѣ и разстройство ея проявляется во всемъ, что онъ чувствуетъ, желаетъ и дѣлаетъ. Онъ утрачиваетъ способность къ истинному нравственному чувству; всѣ его побужденія, которымъ онъ отдается безъ борьбы, чисто эгоистическаго свойства. Въ основѣ всѣхъ его поступковъ лежатъ безнравственные мотивы, которымъ онъ слѣдуетъ безъ всякаго видимаго желанія сопроти-

вляться. Нравственная нечувствительность его поразительна. При этомъ умъ остается совершенно нормальнымъ, за исключенiемъ того оттѣнка болѣзненныхъ чувствъ, подъ влiянiемъ котораго человѣкъ думаетъ и дѣйствуетъ. Нельзя не удивляться изобрѣтательности этихъ людей, когда они начинаютъ объяснять, извинять и оправдывать свои поступки. Преувеличивая одно, отрицая другое, они придаютъ всему такую форму, что сами уже являются жертвами непониманія или недоброжелательности. Иногда случается даже, что ихъ умственныя способности становятся какъ то острѣе прежняго. Логика ихъ доводовъ поразительна, можетъ быть, впрочемъ, потому, что всѣ умственныя способности направлены исключительно къ удовлетворенiю и оправданiю ихъ эгоистическихъ желанiй. Къ этому нельзя не прибавить, что у такихъ лицъ симптомы нравственнаго помѣшательства иногда нѣсколько предшествуютъ симптомамъ дѣйствительнаго умственнаго разстройства, какъ, напр., въ случаяхъ острой манiи, общаго паралича или старческаго слабоумiя.

Разновидность нравственнаго помѣшательства составляетъ такъ называемое французскими психiатрами возвратное помѣшательство (folie à double forme, folie circulaire), съ попеременными припадками возбужденiя и угнетенiя, характеризующимися, главнымъ образомъ, разстройствомъ нравственнаго чувства (Маудсли, стр. 226). Въ перiодъ возбужденiя больной весьма походитъ на человѣка полупьянаго, дѣлается хвастливымъ, ищетъ предлога ссориться, никогда не устаетъ говорить о себѣ и о чудесныхъ вещахъ, которыя онъ можетъ совершить. Онъ дѣлаетъ вещи, о которыхъ не подумалъ бы, кажется, даже во снѣ, будучи въ здравомъ разсудкѣ: пускается въ проекты соцiальныхъ и политическихъ реформъ, бросается въ коммерческiя предпрiятiя, совершенно чуждыя его естественному характеру и привычкамъ. Во всемъ его нравственномъ существѣ замѣтно печальное измѣненiе: изъ человѣка скромнаго, правдиваго и цѣломудреннаго онъ становится хвастливымъ, лживымъ и невоздержнымъ; обнаруживаетъ величайшее равнодушiе къ чувствамъ людей близкихъ; посѣщаетъ дурное общество; пренебрегаетъ всѣми общественными и домашними приличiями и относится съ крайнимъ раздраженiемъ къ малѣйшему замѣчанiю или вмѣшательству. Между тѣмъ, у

него нѣтъ ни бреда, ни дѣйствительной безсвязности мыслей; онъ приводитъ самые вѣскіе доводы въ оправданіе своего поведенія. . . Въ этомъ возбужденномъ состояніи онъ остается иногда по мѣсяцамъ; затѣмъ, или прямо, или послѣ болѣе или менѣе долгаго свѣтлаго промежутка, переходитъ въ противоположное состояніе—мрачнаго угнетенія. Онъ становится молчаливъ и угрюмъ, стыдится поступковъ, совершенныхъ имъ; теряетъ довѣріе къ себѣ; чувствуетъ себя неспособнымъ исполнять самыя простыя обязанности; его гнететъ неопредѣленная тоска. Между состояніемъ возбужденія и угнетенія иногда не бываетъ свѣтлаго промежутка,—одно прямо переходитъ въ другое,—или же бываютъ промежутки болѣе или менѣе долгіе. Періодическое повтореніе противоположныхъ настроеній служитъ признакомъ весьма неблагопріятной формы душевнаго разстройства. Послѣ нѣкотораго времени свѣтлые промежутки становятся менѣе явственными или исчезаютъ; правильная періодичность настроеній теряется и замѣчается постепенный упадокъ умственныхъ способностей.

Весьма нерѣдко защитники ученія о нравственномъ помѣшательствѣ присоединяютъ къ вышеуказаннымъ и признаки, выставленные ученіемъ о нравственномъ вырожденіи, о передаваемомъ отъ поколѣнія къ поколѣнію упадкѣ нравственныхъ силъ,—ученіемъ, впервые высказаннымъ психіатрами, съ Морелемъ во главѣ, а въ настоящее время особенно поддерживаемымъ антропологами. Что же такое эти выродки человѣчества? Вотъ описаніе, данное Falret ([1]), этого типа: «это личности странныя, самодурныя, съ невозможнымъ характеромъ, не подчиняющіяся никакимъ обыкновеннымъ правиламъ. Это эксцентрики, оригиналы, люди внѣобщественные, не могущіе подчиняться никакимъ общественнымъ законамъ. Ихъ разумъ непомраченъ, какъ въ другихъ формахъ душевной болѣзни, но ихъ характеръ, ихъ нравственность полны аномалій, хотя часто нужны цѣлые годы, чтобы этотъ видъ психическаго разстройства обнаружился и сдѣлался очевиднымъ для всѣхъ; съ дѣтства,—они бичъ семьи; они безпрестанно стараются быть выгнанными, хотя бы путемъ насильственныхъ дѣйствій, изъ пансіо-

---

(1) Это описаніе приведено въ статьѣ Дюбюиссона, стр. 122.

новъ, семинарій, институтовъ, исправительныхъ заведеній, куда ихъ отдаютъ; они обнаруживаютъ рановременно порочные инстинкты, благодаря чему на нихъ начинаютъ смотрѣть, какъ на существа циническія, жестокія, опасныя; они послѣдовательно пробуютъ разныя занятія, не привязываясь ни къ одному; они не могутъ ни на чемъ сосредоточиться; они безпрестанно перемѣняютъ мѣсто жительства, среду, отношенія, занятія, средства существованія; ничто не можетъ удержать ихъ на правильной дорогѣ: ни наказанія родителей, ни совѣты друзей, ни несчастія разнаго рода, которыя создаются ихъ поведеніемъ. Личный опытъ, тяжкія житейскія испытанія, которыя обыкновенно содѣйствуютъ исправленію натуръ наиболѣе испорченныхъ, если они только способны къ исправленію, не имѣютъ никакого значенія для этихъ исключительныхъ натуръ, злополучно-рожденныхъ, предназначенныхъ для зла самимъ рожденіемъ, которыхъ ничто не можетъ измѣнить, ни другіе, ни само лицо. Особенно рѣзко выраженную форму психическаго вырожденія представляютъ тѣ состоянія, при которыхъ индивидуумъ, несмотря на доставшіяся ему въ удѣлъ блага цивилизаціи и воспитанія, остается все-таки лишеннымъ самой высокой человѣческой способности, а именно—способности пріобрѣсти этическія представленія (о добрѣ, о прекрасномъ, о религіи и т. п.), образовывать изъ нихъ нравственныя сужденія и понятія и употреблять ихъ въ дѣло, какъ побуждающіе или поддерживающіе мотивы поступковъ; мозгъ, которому чужда эта способность, оказывается уже отъ рожденія низшимъ по своему развитію, дефектнымъ, функціонально дегенеративнымъ. Такое нравственное помѣшательство является или какъ состояніе врожденности—какъ нравственный идіотизмъ, или можетъ быть пріобрѣтеннымъ въ теченіи жизни и является тогда органическимъ послѣдствіемъ воздѣйствія на мозгъ. Такъ какъ, однакоже, теченіе представленій съ внѣшней (формальной) ихъ стороны и образованіе интеллектуальныхъ (чисто отвлеченныхъ) сужденій о пользѣ и вредѣ совершаются у подобныхъ субъектовъ почти вполнѣ правильно, то и процессы логическаго сужденія и умозаключенія остаются для нихъ возможными. Это обстоятельство маскируетъ полную органическую невозможность образованія здѣсь нравственныхъ убѣжденій и этическихъ чувствованій и иногда ведетъ къ

тому, что нравственно помѣшанные больные, при обсужденіи ихъ поступковъ, ставятся на одну доску съ людьми безнравственными въ обыкновенномъ смыслѣ слова, а иногда даже съ преступниками».

Такую же характеристику даютъ другому, болѣе новому типу такихъ выродившихся натуръ—психопатамъ. Психопаты, говоритъ проф. Балинскій (1), это такіе индивидуумы, которыхъ всѣ умственныя способности представляются въ нормальномъ равновѣсіи; у нихъ сохраняется память и логика, но теряется интересъ ко всѣмъ высшимъ задачамъ жизни, притупляется то чувство, которое у насъ тѣсно связано съ понятіемъ объ общественномъ приличіи и благѣ, о долгѣ человѣчеству, и является грубое эгоистическое направленіе; для нихъ нѣтъ ни семьи, ни друзей, они избѣгаютъ труда, лгутъ, фантазируютъ, дѣйствуютъ нерѣдко смѣло, импульсивно и становятся опасными. Люди, у которыхъ, подъ вліяніемъ мозговаго процесса и различныхъ злоупотребленій, цѣлый рядъ живыхъ нѣкогда понятій становится мертвой буквой, удерживается въ сознаніи лишь памятью; люди, которые относятся къ этимъ понятіямъ безразлично, такъ что послѣднія не могутъ составить противовѣсъ ихъ сильнымъ эгоистическимъ стремленіямъ—больны . . . Больные эти крайне опасны для общества и не могутъ быть терпимы въ его средѣ, они втягиваютъ въ преступленіе людей мало развитыхъ и слабыхъ характеромъ, и становятся опаснымъ орудіемъ въ рукахъ опытныхъ преступниковъ. Въ обыкновенныхъ домахъ умалишенныхъ содержать ихъ трудно; они вредны для другихъ больныхъ и переносятъ съ трудомъ продолжительное заключеніе. Имъ нужна извѣстная доля свободы, всего лучше помѣщать ихъ, подъ наблюденіемъ опытнаго врача, въ болѣе свободныхъ заведеніяхъ, устроить правильныя гигіеническія условія ихъ жизни, подобрать соотвѣтствующія для нихъ занятія; тогда больные эти до извѣстной степени поправляются и долгое время могутъ казаться людьми вполнѣ здоровыми; но разъ они выйдутъ изъ единственно возможной для нихъ колеи, то несостоятельность ихъ вполнѣ высказывается.

---

(1) Экспертиза по дѣлу Семеновой въ вѣстникѣ клинической и судебной психіатріи, 1885 г., № 1, стр. 368 и сл.

Таковы формы нравственнаго помѣшательства и вырожденія, выдвигаемыя новою психіатріею; но, не касаясь даже вопроса о томъ, какія мѣры должны быть приняты противъ психопатовъ или нравственныхъ выродковъ, нельзя не сознаться, что приведенная выше обрисовка этого типа, по неопредѣленности признаковъ, захватываетъ цѣлую серію наиболѣе опасныхъ преступниковъ, людей съ порочными антисоціальными наклонностями и нравами; поэтому понятно, что, въ интересахъ общественнаго порядка и спокойствія, къ этимъ ученіямъ нужно относиться съ возможною осторожностью и осмотрительностью. Въ этомъ отношеніи нельзя не обратить вниманія на то, что говоритъ одинъ изъ главныхъ защитниковъ ученія о нравственномъ помѣшательствѣ, Маудсли (стр. 223): «порочное дѣйствіе или преступленіе само по себѣ еще не доказываетъ помѣшательства; для того, чтобы признать нравственное помѣшательство, необходимо прослѣдить его черезъ цѣлый рядъ болѣзненныхъ симптомовъ, совершенно такъ же, какъ мы опредѣляемъ поступки здороваго человѣка на основаніи его побужденій.... Если бы меня спросили, продолжаетъ онъ (стр. 232), должны ли люди, страдающіе нравственнымъ помѣшательствомъ, быть во всѣхъ случаяхъ изъяты отъ всякой отвѣтственности за свои поступки,—я бы не рѣшился отвѣчать утвердительно безъ оговорокъ. Они, конечно, неспособны къ нравственной отвѣтственности въ полномъ смыслѣ этого слова; все сознаніе отвѣтственности проистекаетъ у нихъ только изъ чувства страха. Но опытъ показываетъ, что этотъ страхъ дѣйствуетъ на многихъ благотворно и что даже самое наказаніе оказываетъ иногда полезное вліяніе и представляетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ самое полезное лекарство. Подобно тому, какъ человѣкъ съ болѣзнью сердца можетъ спокойно работать, хотя не можетъ бѣгать въ перегонку, точно такъ же человѣкъ, не совершенно здоровый умственно, способенъ сознавать нѣкоторыя простыя обязанности жизни, хотя не въ состояніи выносить серьезныхъ нравственныхъ усилій. Во многихъ случаяхъ, конечно, не можетъ быть и рѣчи о какомъ бы то ни было наказаніи, а во всѣхъ случаяхъ вообще было бы, кажется, справедливо признать видоизмѣненную отвѣтственность, степень которой тамъ, гдѣ она существуетъ, должна опредѣляться обстоятельствами каждаго случая».

377. Душевная болѣзнь, конечно, исключаетъ отвѣтственность только въ томъ случаѣ, когда она существовала въ моментъ учиненія дѣянія; поэтому наличность такого ненормальнаго состоянія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ должна быть доказана, и притомъ въ порядкѣ, особо установленномъ законами процессуальными. Это положеніе прямо указано въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ, такъ какъ ст. 95 говоритъ, что дѣяніе не вмѣняется въ вину только тогда, когда нѣтъ сомнѣнія о наличности душевной болѣзни, и сенатъ по этому поводу высказалъ (по дѣлу Чернядева $^{73}/_{430}$), что одно предположеніе или сомнѣніе относительно существованія такой болѣзни не можетъ служить поводомъ къ признанію невмѣняемости. А въ рѣшеніи по дѣлу Кичеева ($^{72}/_{574}$) сенатъ выразилъ даже, что, согласно съ закономъ, при каждомъ новомъ преступленіи, совершенномъ лицомъ, хотя и признаннымъ однажды сумасшедшимъ, вопросъ о невмѣняемости долженъ быть возбуждаемъ вновь, независимо отъ прежняго освидѣтельствованія сумасшедшаго, которое сохраняетъ полную силу только по отношенію къ его гражданской правоспособности; поэтому судебное преслѣдованіе, по мнѣнію сената, можетъ быть возбуждено и относительно лица, не только признаннаго оффиціально сумасшедшимъ, но и находившагося въ моментъ совершенія дѣянія въ домѣ для умалишенныхъ, хотя нельзя не прибавить, что парадоксальность этого мнѣнія несомнѣнна.

378. *2) Болѣзненныя состоянія организма.* Слѣдующую группу составляютъ разнообразныя болѣзни организма, не имѣющія характера душевныхъ болѣзней въ тѣсномъ смыслѣ, но имѣющія несомнѣнное вліяніе на психическую дѣятельность, а потому и устраняющія вмѣняемость (¹). Состоянія эти крайне разнообразны, хотя нельзя не прибавить, что ихъ перечень и классификація не имѣютъ существеннаго значенія для юриста, такъ какъ для него и въ этомъ случаѣ, такъ же какъ и при душевныхъ болѣзняхъ, важенъ только выводъ, получаемый при содѣйствіи эксперта, о томъ, повліяло ли это состояніе на психическую дѣятельность: устраняютъ вмѣняемость не эти болѣзни сами по себѣ, а вызванное ими психическое разстройство.

(¹) Schwartzer, Bewusztlosigkeitszustände, 1878 г.

Такое же обобщеніе допускаетъ относительно этихъ состояній и наше дѣйствующее право, говоря въ 96 ст. улож., что не вмѣняются въ вину преступленіе или проступокъ, учиненные въ точно доказанномъ припадкѣ умоизступленія или совершеннаго безпамятства [1].

Къ случаямъ этого рода, наиболѣе часто встрѣчающимся въ жизни, можно отнести [2]:

1. Эпоху половаго созрѣванія, въ особенности эпоху появленія первыхъ менструацій у дѣвушекъ, когда, вмѣстѣ съ болѣзненными соматическими явленіями, замѣчаются значительныя измѣненія въ ощущеніяхъ, настроеніи, мышленіи, въ свою очередь вызывающія преступную дѣятельность. Такъ, нерѣдко наблюдается въ этомъ періодѣ наклонность къ поджогамъ.

2. Беременность, роды и послѣродовыя состоянія. Психіатры свидѣтельствуютъ, что, хотя и не особенно часто, но несомнѣнно бываютъ случаи, когда, подъ вліяніемъ беременности, совершаются психическія измѣненія, имѣющія несомнѣнно характеръ психическихъ болѣзней и иногда даже въ самыхъ тяжкихъ формахъ; сюда же можно причислить и похоти беременныхъ, но имѣя, однако, въ виду, что весьма нерѣдко въ подобныхъ случаяхъ беременностью прикрывается выполненіе задуманнаго преступленія, продуктъ дурныхъ наклонностей, эгоистическіе разсчеты, подражаніе модѣ, когда, слѣдовательно, о не вмѣненіи не можетъ быть и рѣчи. Еще важнѣе въ этомъ отношеніи актъ родовъ и наступающее затѣмъ болѣзненное послѣродовое состояніе. Въ особенности играетъ это состояніе большую роль при нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяніяхъ, напр., при дѣтоубійствѣ, или при неоказаніи помощи новорожденному. Состояніе нервной экзальтаціи въ моментъ родовыхъ схватокъ достигаетъ своего апогея въ моментъ родовъ, во время прохожденія младенца черезъ устье матки, и доводитъ нерѣдко роженицу до состоянія крайняго раздраженія, направленнаго всего

---

[1] Для разъясненія ст. 96 существенное значеніе имѣютъ Высочайше утвержденныя, 18 Февраля 1835 г., правила объ освидѣтельствованіи сумасшедшихъ, такъ какъ статья 96 основана на этихъ правилахъ, а въ нихъ приведены примѣры болѣзней, производящихъ умоизступленіе и сходныхъ съ сумасшествіемъ, а равно причины, производящія такія состоянія.

[2] См. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, № 94.

сильнѣе противъ источника страданій, — рождающагося ребенка. По преимуществу, такое возбужденіе возможно въ тѣхъ случаяхъ, когда роды происходятъ въ первый разъ, идутъ быстро, совершаются тайно и безъ посторонней помощи.

3. Горячечныя состоянія, которыя у людей нервныхъ весьма часто сопровождаются галлюцинаціями, фантастическимъ бредомъ, иногда полнымъ умоизступленіемъ.

4. Нервныя болѣзни, въ особенности эпилепсія и истерія. Эпилепсія такъ часто переходитъ въ душевную болѣзнь или сопровождается ею, что между ними трудно провести какую либо точную границу. У эпилептиковъ эти страданія замѣчаются или передъ припадками, или во время припадковъ, или въ промежуткѣ между ними, какъ проходящая манія epileptica; иногда же послѣ неоднократно повторяющихся припадковъ проявляется прогрессирующее слабо-и тупоуміе; у эпилептиковъ нерѣдко замѣчаютъ наклонность къ похищенію различныхъ, часто совершенно малоцѣнныхъ, вещей. Истерія по преимуществу встрѣчается у женщинъ и вызывается главнымъ образомъ страданіями половыхъ органовъ; истерія иногда прямо переходитъ въ душевную болѣзнь, острую или хроническую, какъ нимфоманія у женщинъ.

5. Галлюцинація и иллюзія. При галлюцинаціяхъ субъективные чувственные образы возникаютъ помимо всякихъ соотвѣтствующихъ имъ явленій реальнаго міра, получаютъ какъ бы объективное бытіе; при иллюзіяхъ же больной дѣлаетъ ложное объясненіе дѣйствительно существующихъ явленій. По большей части эти обманы чувствъ представляются спутниками уже развившихся душевныхъ болѣзней; но иногда они возникаютъ самостоятельно, вслѣдствіе страданій органовъ воспріятія или другихъ ненормальныхъ состояній организма, напр., чрезмѣрнаго физическаго истощенія, умственной усталости, въ особенности, напр., при суевѣрныхъ галлюцинаціяхъ. Для опредѣленія ихъ юридическаго значенія необходимо обращать вниманіе: во 1-хъ, на ихъ силу, такъ какъ очевидно, что существуетъ большое различіе, напр. при галлюцинаціи зрѣнія, между появленіями несуществующихъ свѣтлыхъ точекъ, круговъ и возникновеніемъ цѣлыхъ образовъ, картинъ, сценъ; между слуховыми обманами въ видѣ неясныхъ звуковъ, тоновъ и слышаніемъ словъ, фразъ, цѣлыхъ рѣчей и т. п.;

во 2-хъ, на отношеніе сознанія къ этимъ ложнымъ представленіямъ; необходимо различать тѣ случаи, когда ихъ ненормальность сознается самимъ больнымъ, отъ тѣхъ, когда онъ утрачиваетъ критерій для ихъ оцѣнки, такъ что думаетъ, что онъ дѣйствительно видитъ и слышитъ все это, вѣритъ этому и подчиняется вліянію ложныхъ представленій.

379. *3) Одряхлѣніе* (1). Къ группѣ болѣзненныхъ состояній, исключающихъ вмѣняемость, можно причислить и ослабленіе умственныхъ способностей, происходящее отъ дряхлости или старости.

Общеизвѣстенъ тотъ фактъ, что за періодомъ человѣческой возмужалости и зрѣлости наступаетъ, и иногда безъ всякихъ болѣзненныхъ условій, а вслѣдствіе естественнаго хода органической жизни, эпоха упадка и паденія силъ какъ физическихъ, такъ и психическихъ. Мозгъ, вслѣдствіе разстройства кровообращенія и питанія, подвергается регрессивному перерожденію; измѣняется мыслительная дѣятельность главнымъ образомъ вслѣдствіе ослабленія памяти, особенно относительно вновь воспринимаемыхъ впечатлѣній, а въ силу этого кругъ идей становится ограниченнѣе, ослабляется возможность всесторонняго обсужденія впечатлѣній и правильной ихъ оцѣнки. Еще болѣе измѣненій является въ характерѣ и наклонностяхъ. Притупленная впечатлительность, ослабленіе нервной дѣятельности, влекутъ прекращеніе участія въ горѣ и радостяхъ современной жизни, а въ силу того все заманчивѣе и радужнѣе становятся картины жизни прошлой, и чѣмъ полнѣе и разнообразнѣе было прошедшее, тѣмъ сильнѣе контрастъ и тѣмъ нетерпимѣе, брюзгливѣе, раздражительнѣе становится престарѣлый. Къ этому безсердечію, жестокости, иногда присоединяются и другія проявленія паденія нравственныхъ силъ—похотливость, алчность, а все вмѣстѣ, соединяясь съ прогрессирующимъ упадкомъ умственныхъ силъ, переходитъ въ старческое слабоуміе—insania senilis.

Но можно ли какими либо цифрами опредѣлить срокъ, съ котораго начинается такое психическое одряхлѣніе? И наука, и жиз-

---

(1) Ср. Бердъ, способность ко вмѣненію въ старческомъ возрастѣ, въ сборн. по суд. медиц. 1871 г.; обстоятельныя указанія также у Маудсли, глава VII,— старческое слабоуміе.

ненный опытъ отказываются отъ такого опредѣленія, такъ какъ такой срокъ зависитъ не только отъ индивидуальныхъ условій организма, но и отъ среды, къ которой онъ принадлежитъ. Мы видимъ лицъ, достигшихъ 80 лѣтъ и сохранившихъ полную ясность ума, отчетливую память, способныхъ руководить труднымъ дѣломъ государственнаго управленія: стоитъ вспомнить Тьера, Гладстона; мы встрѣчаемъ, хотя и въ видѣ исключенія, лицъ престарѣлыхъ, не утратившихъ способности сочувствовать молодому поколѣнію, жить, хотя и отчасти, одною съ нимъ жизнью. А съ другой стороны, мы встрѣчаемъ субъектовъ, у которыхъ періодъ одряхлѣнія появляется къ 40, 50 годамъ, которые, благодаря преимущественно безумно-истраченнымъ молодымъ силамъ, эксцессамъ всякаго рода, столь преждевременно оказываются и умственною и нравственною развалиною.

Очевидно, что установленіе какого либо точнаго предѣла представляется невозможнымъ, а потому и наше уложеніе говоритъ общимъ образомъ о потерѣ умственной способности и разсудка отъ старости или дряхлости ([1]).

380. Кромѣ того, престарѣлость, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда она не устраняетъ вмѣняемости, можетъ вліять на наказуемость. Преступникъ, убѣленный сѣдинами, конечно, не имѣетъ уже права сослаться въ свое оправданіе ни на избытокъ силъ, ни на заблужденіе неопытности: порывы страстей, выбивающихся по временамъ наружу даже въ самыхъ холодныхъ натурахъ, замолкаютъ тамъ, гдѣ леденящая сила времени измѣняетъ даже свойство физіологическихъ процессовъ; длинная вереница прожитыхъ годовъ не позволяетъ болѣе ссылаться на незнаніе жизни; поэтому основанія снисхожденія къ престарѣлымъ нужно искать не въ преступномъ дѣяніи, а въ характерѣ большинства карательныхъ мѣръ; то, что легко перенесетъ преступникъ, обладающій всѣми физическими силами, окажется страшно суровымъ, иногда даже невыносимымъ для престарѣлаго, а потому справедливость, интересы правосудія требуютъ для нихъ снисхожденія, или даже замѣны наказанія.

([1]) Уставъ о наказ. вовсе не упоминаетъ въ ст. 10 о престарѣлости; но мировые судьи должны въ этомъ отношеніи руководствоваться уложеніемъ.

Такъ, по нашему уложенію, для престарѣлыхъ, старѣе 70 лѣтъ, каторга замѣняется ссылкою въ отдаленнѣйшія мѣста Сибири (ст. 74); равнымъ образомъ они безусловно освобождаются отъ тѣлесныхъ наказаній (прил. къ ст. 30, п. 5, ст. 39); наконецъ, тѣ, которые по старости и дряхлости къ работамъ въ арестантскихъ отдѣленіяхъ не способны, всегда присуждаются къ тюрьмѣ, какъ надо толковать, на тѣ же сроки и съ тѣми же послѣдствіями, какія установлены для арестантскихъ отдѣленій, причемъ предѣломъ старости по ст. 263 уст. о содерж. подъ страж. считается 60 лѣтъ. Кромѣ того, нѣкоторыя специальныя правила о снисхожденіи для дряхлыхъ и престарѣлыхъ указаны въ уставѣ о ссыльныхъ (ст. 251, 593, 595 и др.).

По проекту уголовнаго уложенія (ст. 50), для достигшихъ 70 лѣтъ смертная казнь [1] и каторга замѣняются поселеніемъ, но съ послѣдствіями, для каторги установленными.

Такъ какъ въ этомъ случаѣ рѣчь идетъ о замѣнѣ наказанія, то такъ же, какъ и для малолѣтнихъ, судъ долженъ сначала вычислить съ точностью наказаніе, коему подлежалъ бы непрестарѣлый преступникъ, а потомъ это наказаніе замѣнить въ виду возраста; но такъ какъ въ то же время основаніе замѣны заключается въ тяжести наказаній, то престарѣлость вліяетъ на такую замѣну одинаково, исполнялся ли указанный въ законѣ предѣльный срокъ въ моментъ учиненія преступнаго дѣянія, или въ моментъ постановленія приговора, или даже въ нѣкоторыхъ случаяхъ въ моментъ исполненія приговора.

381. *4) Опьянѣніе.* Послѣднюю группу составляютъ ненормальныя состоянія организма, исключающія вмѣняемость [2], и между ними прежде всего опьянѣніе, имѣющее особенно важное значе-

---

(1) F. Hélie, Theorie, I, № 248, говоритъ: «казалось бы, можно выказать пощаду къ сѣдинамъ осужденнаго; есть нѣчто отталкивающее въ этомъ сокращеніи и безъ того отходящей жизни, въ этомъ захватѣ дней, и безъ того уже отмѣренныхъ и на половину погасшихъ. А съ другой стороны, что такое смерть, какъ наказаніе, въ эту эпоху, когда природа уже раскрыла могилу передъ обвиняемымъ?».

(2) Отдѣляя ненормальныя состоянія организма отъ болѣзненныхъ, я долженъ замѣтить, что такое отдѣленіе имѣетъ только практическое значеніе, въ виду постановленій дѣйствующаго законодательства; со стороны теоретической это

ніе въ нашей судебной практикѣ, почему и заслуживающее серьезнаго вниманія ([1]), причемъ здѣсь необходимо различать запой и простое опьяненіе.

Запой или въ извѣстное время наступающее неодолимое влеченіе къ спиртнымъ напиткамъ является въ двухъ видахъ, какъ непрерывно продолжающійся и періодическій. При первой формѣ каждый день запойнаго является повтореніемъ предыдущаго: съ ранняго утра представляется уже полная картина опьянѣнія или тяжкаго похмѣлья, съ отсутствіемъ сна, нервнымъ и желудочнымъ разстройствомъ, и такъ продолжается нѣсколько недѣль, мѣсяцевъ, пока смерть, или, еще чаще, душевная болѣзнь или особенно сильное тѣлесное страданіе не остановитъ этого нравственнаго разложенія. Запой періодическій представляетъ приступы, отдѣленные болѣе или менѣе правильными промежутками времени. Наступленію запоя предшествуетъ иногда весьма характерный періодъ заболѣванія: глаза загораются особеннымъ блескомъ, зрачки расширяются, лицо начинаетъ рдѣть, появляется отсутствіе аппетита, безсоница, приливы крови къ головѣ, лихорадочное состояніе и т. п.; этотъ періодъ продолжается иногда нѣсколько дней. Затѣмъ, когда выпивается первый пріемъ водки, организмъ начинаетъ успокаиваться, но за то прогрессивно возрастаетъ стремленіе къ вину; это влеченіе такъ сильно, что внезапный перерывъ или насильственное отнятіе водки влекутъ за собою взрывы бѣшенства или полное сумасшествіе; такое состояніе продолжается также опредѣленный срокъ, смотря по индивидууму,— критическіе дни. Наконецъ, наступаетъ переломъ и начинается періодъ поправленія, отличающійся упадкомъ силъ, страшною рвотою, холоднымъ потомъ, трясеніемъ членовъ, лихорадкою,

---

различіе несущественно, такъ какъ всякая болѣзнь есть ненормальное состояніе организма, а съ другой стороны, ненормальныя состоянія весьма нерѣдко переходятъ въ болѣзнь.

([1]) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, пр. 236. Сверхъ сего, можно указать на Маньяна, алкоголизмъ, пер. Никифорова, въ сборн. соч. по суд. медиц., 1877 г.; Ковалевскій, о состояніи опьянѣнія по отношенію къ вмѣняемости въ журн. гр. и уг. права, 1879 г., № 4, стр. 28—43; Baer, der Alcoholismus, seine Verbreitung und seine Wirkung, 1878 г.; Schwarze, die Zurechnung der im Zustande hochgradiger Trunkenheit begangenen Handlungen, въ Gerichtssaal, 1881 г., стр. 430.

а въ психическомъ отношеніи — страхомъ, боязнью, галлюцинаціями, принимающими особыя запойныя формы — видѣній жуковъ, мышей, чортиковъ и т. п.

Неоднократно повторяясь, періодическій запой производитъ полное и уже постоянное измѣненіе психическаго и физическаго организма. Таково состояніе нравственнаго вырожденія, особенно часто встрѣчающееся въ томъ случаѣ, когда запоемъ страдаетъ лицо полуобразованное, или подвергшееся запойнымъ приступамъ съ ранней молодости; проявляется это вырожденіе въ огрубѣлости нрава, сварливости, буйствѣ, или, наоборотъ, въ унылости, слабости воли, отупленіи; еще чаще запой оканчивается полною душевною болѣзнью. Запой несомнѣнно составляетъ болѣзненное состояніе организма, имѣетъ свои самостоятельные клиническіе признаки. Поэтому, если запой самъ по себѣ не можетъ имѣть вліянія на вмѣняемость и отвѣтственность, такъ же какъ горячка, эпилепсія, то несомнѣнно, что такое вліяніе должно имѣть психическое разстройство, сопровождающее запой: нельзя вмѣнять, въ смыслѣ уголовнаго права, дѣянія, учиненнаго подъ вліяніемъ запойныхъ галлюцинацій, или запойнаго неистовства критическихъ дней.

382. Переходя къ опьянѣнію простому, не имѣющему характера болѣзни, мы должны прежде всего различить его по степени и силѣ.

Уже незначительный пріемъ алкоголя производитъ весьма часто замѣтное вліяніе на человѣка и притомъ первоначально весьма пріятное. Кровь обращается свободнѣе, жизненные процессы совершаются быстрѣе; по организму распространяется пріятное чувство теплоты. При незатемненномъ еще сознаніи психическая дѣятельность человѣка получаетъ бо́льшее развитіе: разгоряченная фантазія усиливаетъ и разнообразитъ творческую дѣятельность мысли, человѣкъ становится краснорѣчивѣе, понятливѣе, быстрѣе схватываетъ впечатлѣніе. Вмѣстѣ съ этимъ измѣняется и душевное настроеніе: является откровенность, увлеченія; веселое направленіе ощущеній выражается въ наклонности къ пѣнію, танцамъ; симпатіи проявляются въ увѣреніяхъ въ дружбѣ, въ любви, антипатіи,—въ откровенномъ выраженіи неуваженія, презрѣнія.

Но мало по малу это возбужденное состояніе переходитъ предѣлы: впечатлительность получаетъ такую быстроту, что начинаетъ затемнять сознаніе; устраняется вдумчивость и способность анализировать окружающее; ощущенія, настроенія, вырвавшись изъ-подъ контроля разсудка, становятся необузданными, животные инстинкты, не сдерживаемые разумомъ, занимаютъ первое мѣсто и при малѣйшемъ возбужденіи дѣлаются исключительными источниками дѣйствій. Измѣняется и самая физіономія опьянѣвшаго, и вмѣсто человѣка одухотвореннаго, вслѣдствіе усиленной нервной дѣятельности, является картина полуживотнаго: глаза, блестѣвшіе огнемъ, начинаютъ тускнѣть, черты лица опускаются и утрачиваютъ свою осмысленность. Чѣмъ далѣе развивается опьянѣніе, тѣмъ рельефнѣе выступаютъ эти признаки; за вдумчивостью утрачивается способность понимать причинную связь явленій, память измѣняетъ. Отправленія органовъ чувствъ становятся неправильными: все кружится, наравнѣ съ дѣйствительными предметами являются субъективные образы, галлюцинаціи и иллюзіи; вкусъ утрачивается, ухо слышитъ съ трудомъ, языкъ перестаетъ повиноваться; пьяный произноситъ слова съ запинкою, отрывочная рѣчь утрачиваетъ свою вразумительность; походка перестаетъ быть твердою, человѣкъ постоянно теряетъ равновѣсіе, иногда лишается всякой способности ходить. Затѣмъ, еще шагъ и наступаетъ полная безсознательность или тяжелый сонъ, подобный апоплексическому.

Понятно, что этотъ ходъ развитія опьянѣнія можетъ весьма часто представлять значительныя отклоненія, въ особенности относительно быстроты, съ которою развиваются это состояніе, и степени вліянія его на психическую дѣятельность. Это зависитъ: во 1-хъ, отъ организма лица, его возраста, пола; во 2-хъ, отъ состоянія его организма, предшествовавшаго опьянѣнію, такъ, напр., иначе будетъ развиваться опьянѣніе во время аффекта, при нервныхъ болѣзняхъ; въ 3-хъ, отъ свойства напитка, такъ, напр., проявленія опьянѣнія будутъ различны при опьянѣніи отъ водки, вина или пива; въ 4-хъ, отъ мѣста и времени опьянѣнія, какъ, напр., опьянѣніе въ душной атмосферѣ, въ жаркій день. Но, во всякомъ случаѣ, въ интересахъ юридическаго вмѣненія необходимо различать двѣ степени опьянѣнія—полное и неполное. Къ опьянѣнію полному

нужно отнести не только наступленіе полной безсознательности и сна, но и ту стадію, когда опьянѣвшій утрачиваетъ способность распознавать зависимость и причинную связь явленій, когда, подъ вліяніемъ ненормальнаго состоянія органовъ чувствъ, сфера его представленій получаетъ субъективную окраску и разсудокъ утрачиваетъ способность управлять дѣйствіями. Такое психическое состояніе несомнѣнно устраняетъ вмѣняемость. Опьянѣніе неполное будетъ обнимать всѣ предшествовавшія, первичныя стадіи; при чемъ вмѣняемость несомнѣнно существуетъ и возбужденное состояніе обвиняемаго можетъ только, смотря по обстоятельствамъ, вліять на выборъ мѣры отвѣтственности.

Установленіе степени опьянѣнія и притомъ именно въ моментъ учиненія преступнаго дѣянія можетъ быть, конечно, сдѣлано только въ виду обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго дѣла, и въ этомъ отношеніи можетъ иногда встрѣтиться весьма большое затрудненіе, особенно тогда, когда опьянѣніе прогрессируетъ и притомъ безъ новаго принятія спиртныхъ напитковъ.

Опьянѣніе простое можетъ повторяться весьма часто, человѣкъ можетъ напиваться почти каждый день, но опьянѣніе не переходитъ въ запой, т. е. не дѣлается болѣзненнымъ состояніемъ организма, хотя съ другой стороны психіатрія указываетъ намъ, что и простое, но частое, злоупотребленіе алкоголемъ можетъ повести къ психическимъ разстройствамъ и вырожденію организма, къ такъ называемому хроническому алкоголизму, типическими формами котораго являются бѣлая горячка (delirium tremens), алкогольная манія (mania gravis potatorum) и даже паралитическое слабоуміе.

При этомъ, такъ какъ опьянѣніе, съ судебно-медицинской точки зрѣнія, является только спеціальнымъ видомъ отравленія [1], то указанныя выше положенія примѣняются и къ другимъ случаямъ отравленія, производящаго психическое разстройство, какъ, напр., къ случаямъ отравленія опіумомъ, гашишемъ, бѣленою, хлороформомъ; они отличаются отъ обыкновеннаго опьянѣнія только характеромъ припадковъ, ихъ силою, степенью и послѣдствіями для организма.

---

(1) Въ судебной медицинѣ опредѣляютъ опьянѣніе, какъ отравленіе крови алкоголемъ или продуктами его окисленія. —Ср. Ковалевскій, стр. 31.

383. Указанное выше рѣшеніе вопроса о вліяніи опьянѣнія на вмѣняемость и отвѣтственность основывается исключительно на психо-патологическихъ данныхъ; но въ теоріи и въ законодательствахъ встрѣчаются попытки и иного рѣшенія этого вопроса, преимущественно въ связи съ условіями возникновенія опьянѣнія.

Съ этой точки зрѣнія можно различать слѣдующіе виды опьянѣнія:

1) Опьянѣніе вынужденное, когда данное лицо напоили противъ его воли, влили ему въ ротъ стаканъ водки, или заставили выпить посредствомъ обмана, подсунувъ ему стаканъ водки, вмѣсто воды.

2) Опьянѣніе добровольное, но не злонамѣренное, когда лицо пришло въ состояніе опьянѣнія безъ всякой преступной мысли, а затѣмъ въ пьяномъ видѣ учинило преступное дѣяніе.

3) Опьянѣніе неосмотрительное, когда лицо хотя привело себя въ состояніе опьянѣнія не ради учиненія преступнаго дѣянія, но однако при такихъ обстоятельствахъ, когда оно могло или даже должно было предвидѣть, что, будучи въ пьяномъ видѣ, оно совершитъ преступное дѣяніе, напр., зная свою наклонность въ пьяномъ видѣ къ буйству, напилось, и произвело побоище.

4) Опьянѣніе злонамѣренное, учиненное въ видахъ преступленія, когда преступникъ прибѣгъ къ этому средству для возбужденія рѣшимости дѣйствовать, для храбрости.

5) Опьянѣніе, устроенное не только съ цѣлью совершить преступленіе, но и съ тѣмъ, чтобы впослѣдствіи сослаться на это состояніе, какъ на причину, оправдывающую преступное дѣяніе.

Но внимательное разсмотрѣніе этого дѣленія приводитъ къ убѣжденію въ его несостоятельности. Съ одной стороны, учиненіе преступнаго дѣянія лицомъ, хотя бы насильно напоеннымъ, но не утратившимъ способности распоряжаться своими дѣйствіями, напр., нанесеніе побоевъ опоившему, не можетъ подходить подъ понятіе невмѣняемаго дѣянія; съ другой, и при злонамѣренномъ опьянѣніи, достигшемъ полнаго развитія, учиненное, по общему правилу, не можетъ быть вмѣняемо, такъ какъ развѣ въ исключительныхъ случаяхъ можно утверждать, что выполненное есть

дѣйствительно осуществленіе задуманнаго, что между ними существуетъ причинное соотношеніе (1).

Также и при опьянѣніи неосмотрительномъ трудно всегда признавать наличность условій, необходимыхъ для отвѣтственности за неосторожность: далеко не всегда человѣкъ можетъ съ точностью опредѣлить ту степень, съ которой опьянѣніе становится для него опаснымъ, а установивъ таковую, еще рѣже можетъ удержаться на этой ступени; съ другой стороны, для отвѣтственности за неосторожность необходима возможность предвидѣнія не преступной дѣятельности вообще, а опредѣленнаго преступнаго дѣянія, а этого условія не существуетъ при разбираемомъ типѣ опьянѣнія.

384. Новые европейскіе кодексы не содержатъ никакихъ особыхъ постановленій объ опьянѣніи, предоставляя рѣшеніе этого вопроса практикѣ; но отвѣты на это оказываются весьма различными.

Такъ, французская кассаціонная практика, находя, что понятіе опьянѣнія не подходитъ подъ понятіе démence, не признавала такое состояніе ни за fait justificatif, ни за excuse légale, допуская только, что присяжные и судъ могутъ признать это обстоятельствомъ, вызывающимъ снисхожденіе (2). Напротивъ того, германская практика и комментаторы примѣняютъ къ дѣяніямъ, учиненнымъ въ состояніи опьянѣнія, общія правила о вмѣняемости,—слѣдовательно, допускаютъ освобожденіе отъ отвѣтственности, какъ скоро пьяный былъ лишенъ свободы волеопредѣляемости.

(1) Какъ замѣчаетъ Гельшнеръ, § 97, для вопроса о вмѣненіи рѣшающее значеніе имѣетъ не то состояніе, въ которомъ находился дѣятель въ моментъ образованія умысла, а равно и не кажущаяся связь между умышленнымъ и содѣяннымъ, а главнымъ образомъ то состояніе, въ которомъ явилась рѣшимость выполненія, а это состояніе при полномъ опьянѣніи представляется безусловно не нормальнымъ. Къ подобнымъ же выводамъ приходятъ: Schaper, Zurechnungsfähigkeit въ Holtzendorff's Handbuch, стр. 157; Wächter, стр. 131.

(2) Такого толкованія держится большинство французскихъ криминалистовъ— Hélie, Blanche, Ortolan, Dalloz; напротивъ того, Boitard и Bertauld полагаютъ, что состояніе полнаго опьянѣнія можетъ быть подводимо подъ понятіе démence. Изъ новыхъ французскихъ криминалистовъ Garraud (№ 270) и съ теоретической точки зрѣнія признаетъ, что опьянѣніе злонамѣренное, хотя бы и полное, не исключаетъ вмѣняемости; тоже Ortolan, № 321 и сл.; противъ этого Lainé, № 187.

385. Въ нашемъ правѣ сводъ законовъ говорилъ только о простомъ опьянѣніи и установлялъ различіе между учиненіемъ въ пьянствѣ преступленія не намѣреннаго, когда опьянѣніе хотя и не служило къ оправданію подсудимаго, но вліяло на уменьшеніе наказанія, и между учиненіемъ въ пьяномъ видѣ намѣреннаго преступленія, тогда опьянѣніе усиливало отвѣтственность.

Уложеніе 1845 г. также не упоминаетъ о запоѣ, но такое состояніе можетъ быть подводимо подъ ст. 96, какъ состояніе, производящее умоизступленіе или безпамятство, тѣмъ болѣе, что въ мнѣніи медицинскаго совѣта 1838 г., на которомъ основана ст. 96, прямо былъ названъ въ числѣ этихъ болѣзней—запой. Старая наша практика, впрочемъ, относилась къ случаямъ этого рода весьма сурово и признавала вмѣняемыми дѣянія, учиненныя подъ несомнѣннымъ вліяніемъ запойныхъ галлюцинацій ([1]). Напротивъ того, кассаціонный департаментъ сената (въ особенности рѣшенія по дѣлу Виноградова $^{68}/_{86}$ и Федорова $^{69}/_{877}$) призналъ, что болѣзнь, приводящая въ умоизступленіе или безпамятство, происшедшая отъ пьянства, составляетъ причину невмѣняемости, но что такъ какъ эта причина заключается не въ самомъ запоѣ, а въ его послѣдствіяхъ, то въ случаѣ рѣшенія такого дѣла съ участіемъ присяжныхъ имъ долженъ быть предложенъ вопросъ не о томъ, учинено ли дѣяніе въ періодѣ запоя, а о томъ, находился ли обвиняемый въ моментъ дѣянія въ болѣзненномъ состояніи, отъ запоя происшедшемъ.

Относительно простаго опьянѣнія уложеніе содержитъ спеціальное постановленіе въ ст. 106, причемъ законъ различаетъ опьянѣніе намѣренное и не намѣренное.

Подъ опьянѣніемъ намѣреннымъ законъ понимаетъ тотъ случай, когда виновный привелъ себя въ состояніе опьянѣнія именно съ намѣреніемъ совершить преступленіе. Въ этомъ случаѣ всегда назначается высшая мѣра, за это преступленіе назначенная.

Законъ ничего не говоритъ при этомъ о степени опьянѣнія, и сенатъ, въ цѣломъ рядѣ своихъ рѣшеній, призналъ, что такое опьянѣніе, само по себѣ, хотя бы и приведшее въ состояніе

([1]) Примѣры въ моемъ курсѣ, I, стр. 266; въ особенности интересно дѣло сотника Яковлева, разбиравшееся въ 6 департаментѣ сената.

безпамятства, не только не можетъ быть основаніемъ невмѣняемости, но и не можетъ служить поводомъ къ смягченію наказанія. Однако, нельзя не прибавить, что текстъ ст. 106 не устраняетъ права присяжныхъ или суда отвѣтить отрицательно на вопросъ о виновности, какъ скоро они найдутъ, что виновный, въ моментъ учиненія преступнаго дѣянія, не обладалъ сознаніемъ; равнымъ образомъ, этотъ текстъ не исключаетъ и примѣненія ст. 828 у. у. с., какъ скоро присяжные признаютъ подсудимаго заслуживающимъ снисхожденія, хотя бы основою снисхожденія было именно учиненіе преступнаго дѣянія въ пьяномъ видѣ. Самый принципъ обязательнаго увеличенія наказанія за намѣренное опьянѣніе, который принимаетъ ст. 106, вызываетъ сильныя сомнѣнія. Въ самомъ дѣлѣ, если взять двухъ преступниковъ, изъ которыхъ одинъ выполнилъ задуманное преступленіе совершенно спокойно, безъ всякихъ колебаній, а другой, для того, чтобы рѣшиться на преступленіе, долженъ былъ искусственно подогрѣть себя, то трудно сказать, который изъ нихъ представляется болѣе опаснымъ для общества.

Относительно опьянѣнія ненамѣреннаго законъ говоритъ только, что мѣра наказанія назначается по другимъ, сопровождавшимъ преступленіе, обстоятельствамъ; редакторы уложенія полагали даже наказывать дѣянія, въ такомъ состояніи учиненныя, какъ неосторожныя; но затѣмъ это предположеніе было отвергнуто. Законъ требуетъ опредѣленія отвѣтственности по другимъ обстоятельствамъ дѣла, очевидно не исключая и тѣхъ обстоятельствъ, которыя созданы самымъ актомъ опьянѣнія. Если мы представимъ себѣ, что пьяный по ошибкѣ убилъ или побилъ одно лицо вмѣсто другаго, то къ нему должны быть примѣнены общія правила объ ошибкѣ въ объектѣ, хотя бы причиною такой ошибки было именно опьянѣніе; человѣкъ, не предвидѣвшій преступныхъ послѣдствій своего дѣянія, благодаря тому, что былъ въ то время пьянъ, будетъ отвѣчать за неосторожное, а не за умышленное преступленіе. Наконецъ, если подсудимый, въ моментъ учиненія дѣянія, находился въ ненормальномъ психическомъ состояніи, если его органы чувствъ функціонировали неправильно, рисуя предъ нимъ фантастическіе образы, его мышленіе утратило способность комбинировать представленія, его дѣйствія оказались вовсе непод-

*

чиненными разсудку, то можемъ ли мы, тѣмъ не менѣе, признать его вмѣняемымъ и отвѣтственнымъ, какъ скоро окажется, что всѣ эти аномаліи вызваны опьянѣніемъ? Слѣдовательно, согласно 2 ч. ст. 106, судъ, опредѣляя существо, свойства и наказуемость совершившагося правонарушенія, долженъ принять въ разсчетъ всѣ обстоятельства, его сопровождавшія, а въ томъ числѣ и тѣ патологическія измѣненія организма, которыя произошли отъ опьянѣнія; но самый фактъ опьянѣнія, по мысли закона, не можетъ ни усилить наказанія, ни уменьшить его.

Но въ особенной части уложеніе неоднократно отступаетъ отъ своей системы и признаетъ опьянѣніе обстоятельствомъ, смягчающимъ отвѣтственность, и притомъ не только въ степени, но даже въ видѣ и родѣ наказанія. Такое начало проводится въ постановленіяхъ о религіозныхъ преступленіяхъ (ст. 180, 182, 211, 215, 217, 234), при заочныхъ оскорбленіяхъ Императора и Членовъ Царствующаго Дома (ст. 246, 248), при преступленіяхъ противъ порядка управленія (ст. 276, 282, 286).

Уставъ о наказаніяхъ вовсе не упоминаетъ объ опьянѣніи; но, по общему характеру устава, мировые судьи должны въ этихъ случаяхъ руководствоваться уложеніемъ; точно такъ же и въ журналѣ государственнаго совѣта по разсмотрѣнію устава было выражено, что опьянѣніе, само по себѣ, не должно служить основаніемъ для уничтоженія вмѣненія.

Также не упоминаетъ объ опьянѣніи воинскій уголовный уставъ, такъ что и военные суды въ этомъ отношеніи должны руководствоваться уложеніемъ.

Проектъ уголовнаго уложенія вовсе не упоминаетъ объ опьянѣніи, предполагая примѣненіе и въ этихъ случаяхъ общихъ правилъ о вмѣняемости... По этому поводу въ объяснительной запискѣ указано: «какъ ни прискорбно наблюдать увеличивающееся пьянство въ народѣ, какъ ни опасны его послѣдствія для общества, но всѣ эти соображенія, сами по себѣ взятыя, не могутъ измѣнить существа и условій уголовной отвѣтственности. Если лицо находилось въ безсознательномъ состояніи, не могло сознавать совершаемаго и руководить собою, то оно не можетъ и отвѣчать за свой поступокъ, все равно, произошло ли это состояніе отъ горячки, тифа, захлороформированія, или было слѣдствіемъ опья-

нѣнія, предполагая, что опьянѣніе достигло такой высокой степени развитія уже въ моментъ совершенія проступка, а не послѣ онаго, такъ какъ, разумѣется, явившійся на мѣсто преступленія, напр., на мѣсто кражи трезвымъ или полупьянымъ, но опьянѣвшій во время совершенія кражи, или по ея окончаніи, не можетъ уже ссылаться въ свое оправданіе на опьянѣніе. Если виновный привелъ себя въ состояніе опьянѣнія съ преступною цѣлью, ради выполненія преступнаго дѣянія, которое затѣмъ и совершилъ, то естественно предположить, что его ссылка на опьянѣніе не основательна, что цѣльность сознанія не была нарушена въ періодѣ опьянѣнія; но если бы тѣмъ не менѣе оказалось, что онъ дѣйствительно былъ въ моментъ учиненія дѣянія въ безсознательномъ отъ опьянѣнія видѣ, то совпаденіе умысла, возникшаго въ трезвомъ состояніи, съ дѣяніемъ, выполненнымъ въ состояніи безсознательномъ, можетъ быть только случайнымъ, и вмѣненіе учиненнаго въ вину не должно имѣть мѣста».

386. *5) Голодъ.* Подобно опьянѣнію, и голодъ, въ высшей своей степени, производитъ не только упадокъ силъ физическихъ, сопровождающійся безсиліемъ, обмороками, но отражается и на психической дѣятельности, выражаясь въ галлюцинаціяхъ, бредѣ и иногда доводя до полнаго помѣшательства. Очевидно, что преступное дѣяніе, учиненное въ подобномъ состояніи, не можетъ быть вмѣняемо.

387. *6) Аффекты* (1). Вопросъ о вліяніи и значеніи аффектовъ въ уголовномъ правѣ представляется весьма спорнымъ, какъ со стороны теоретической, такъ и практической.

Преступленіе есть продуктъ не только однихъ внѣшнихъ обстоятельствъ, но и характера, темперамента человѣка, результатъ отсутствія въ немъ привычекъ къ правомѣрной жизни; борьба съ этими внутренними элементами преступленія состав-

---

(1) См. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, прим. 276. Сверхъ сего, можно указать: Ліонъ, аффекты и страсти, въ арх. суд. медиц. 1868 г., №№ 1—3; Слонимскій, умоизступленіе, какъ причина невмѣняемости, въ суд. вѣст. 1873 г., №№ 1—3; Сикорскій, о душевныхъ состояніяхъ при аффектахъ, въ сборн. по суд. медиц., 1875 г.

ляетъ одинъ изъ моментовъ наказанія. Тамъ, гдѣ ненормальность психической дѣятельности была продуктомъ болѣзненныхъ страданій организма, наказаніе замѣняется лѣченіемъ, надзоромъ, роль тюрьмы исполняетъ больница, убѣжища. Но допустима ли безнаказанность дѣяній, учиненныхъ въ аффектѣ, въ порывѣ страсти? Не придется ли тогда открыть свободный путь всякой необузданности, животнымъ инстинктамъ, возможно ли будетъ охранять государство, общественный порядокъ и спокойствіе?

Но есть и другая сторона вопроса. Эти внезапныя, порывистыя возбужденія организма сопровождаются цѣлымъ рядомъ соматическихъ и психическихъ измѣненій. Кровь приливаетъ къ сердцу: лицо блѣднѣетъ, волосы поднимаются дыбомъ; или, наоборотъ, кровь отливаетъ отъ полости сердца и переполняетъ артеріальную систему: щеки горятъ, глаза сверкаютъ и искрятся. Подобно тому, измѣняется и психическая жизнь: лицо, подъ вліяніемъ аффекта, или охватывается всецѣло одною идеею, желаніемъ, теряетъ всякую возможность оцѣнки побужденій, возможность борьбы и выбора; иногда даже самое воспріятіе впечатлѣній, благодаря аффекту, получаетъ фантастическій характеръ; настроеніе проявляетъ всѣ признаки бѣшенства; или же, наоборотъ, жизнь психическая притупляется, настроеніе принимаетъ характеръ меланхоліи, въ умственной сферѣ наступаетъ безсознательность. Очевидно, что при такихъ условіяхъ вмѣняемость и отвѣтственность существовать не могутъ. Поэтому необходимо принять такое начало, что если обыкновенные, такъ сказать, физіологическіе аффекты не устраняютъ вмѣняемости, а могутъ только вліять на мѣру отвѣтственности, то аффекты, переходящіе грань обычнаго нервнаго возбужденія и получающіе характеръ патологическій, устраняютъ вмѣняемость, какъ и преходящее безуміе.

Наше дѣйствующее уложеніе и уставъ о наказаніяхъ не указываютъ въ числѣ состояній невмѣняемости на аффекты, такъ что, въ случаѣ учиненія дѣянія въ патологическомъ аффектѣ, не соединенномъ съ душевною болѣзнію, судъ можетъ освободить подсудимаго только однимъ способомъ,—отрицательно отвѣтивъ на общій вопросъ о виновности.

Относительно же вліянія аффекта физіологическаго на степень отвѣтственности содержатся особыя постановленія въ ст. 134 п. 5

уложенія и въ ст. 13 п. 2 уст. о наказ. Въ обоихъ этихъ случаяхъ законъ указываетъ только на одну группу аффектовъ,—на сильное раздраженіе, и притомъ, по уложенію, при томъ условіи, чтобы этотъ аффектъ былъ вызванъ обидами, оскорбленіями или иными поступками лица, коему виновный сдѣлалъ или покусился сдѣлать зло, а по уставу о наказ., если аффектъ произошелъ не отъ вины самого подсудимаго. Болѣе значенія придаетъ аффектамъ особенная часть уложенія въ большинствѣ личныхъ преступленій, напр., при убійствѣ, при дѣтоубійствѣ, при оставленіи безъ помощи.

По проекту патологическіе аффекты подходятъ подъ общее понятіе причинъ, устраняющихъ безсознательность.

388. 7) *Сонныя состоянія.* Наконецъ, къ этой же группѣ нужно отнести невмѣняемость дѣяній, учиненныхъ въ сонномъ состояніи (1).

Психическая жизнь не прекращается вполнѣ во время сна, а получаетъ только особую форму, иногда ярко отражающуюся въ разныхъ фантастическихъ картинахъ—сновидѣніяхъ, возникающихъ частію подъ вліяніемъ впечатлѣній, производимыхъ предметами внѣшняго міра и во время сна на наши органы чувствъ, частью подъ вліяніемъ процессовъ, совершающихся въ организмѣ. Представленія, вызываемыя подобными впечатлѣніями, не подлежащими контролю разсудка, провѣркѣ дѣйствительностью, получаютъ несообразную окраску, являются фантастическими образами. Съ другой стороны, состояніе сна не уничтожаетъ психическихъ вліяній на мышцы движенія, а иногда сохраняетъ его въ полномъ объемѣ. Подъ вліяніемъ сильныхъ ощущеній, испытанныхъ въ теченіи дня, подъ вліяніемъ лихорадочнаго состоянія, температуры комнаты, раздраженія нервной системы и т. п., начинаются приливы крови къ головѣ, вызывающіе тяжелыя, давящія сновидѣнія, сопровождающіяся стономъ, крикомъ, вскакиваніемъ, бросаніемъ предметовъ, хожденіемъ по комнатѣ и т. д. и приводящія иногда соннаго къ страшнымъ кровавымъ зло-

---

(1) См. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, прим. 283; Spitta, Schlaf und Traumzustände der menschlichen Seele. 1878 г.

дѣяніямъ, которыя, конечно, не могутъ быть вмѣняемы учинившему ихъ. То же нужно сказать и о томъ переходномъ состояніи отъ сна къ бодрствованію, которое мы называемъ просонками [1]. «Иногда оно бываетъ внезапное; у проснувшагося, говоритъ Крафтъ-Эбингъ, какъ будто повязка спадаетъ съ глазъ и ему вдругъ дѣлается ясно, что онъ спалъ или бредилъ; но чаще сознаніе наступаетъ медленно и только мало по малу просоночныя грезы блѣднѣютъ предъ выступающими на первый планъ образами яснаго сознанія, такъ что просыпающійся только путемъ труднаго и тягостнаго процесса самоуясненія, путемъ борьбы между фантастическимъ и реальнымъ мірами представленій, доходитъ до сознанія дѣйствительности». Эта пестрая смѣсь объективнаго и субъективнаго, являясь мотивомъ дѣйствія, часто приводитъ къ нарушеніямъ закона. Вліяніе просонокъ зависитъ отъ темперамента, нервозности, возраста, физіологическаго состоянія, отъ глубины сна, отъ времени пробужденія. Самый же вопросъ о существованіи просонокъ и о вліяніи ихъ на вмѣненіе разрѣшается по обстоятельствамъ отдѣльнаго случая.

Къ этой же группѣ относятся дѣянія, совершенныя въ состояніи сомнамбулизма (лунатизмъ, сонноходство), нервной болѣзни, встрѣчающейся въ юности, въ особенности въ эпоху развитія половой зрѣлости. Состояніе ночнаго блужданія, по замѣчанію Крафтъ-Эбинга, характеризуется тѣмъ, что при полной потерѣ самосознанія, вслѣдствіе самопочинной дѣятельности мозга, воспроизводятся, какъ бы во снѣ, представленія и чувственныя картины, переходъ которыхъ въ движеніе нисколько не затрудненъ, такъ что вполнѣ возможно соотвѣтствующее цѣли и сообразное съ сонными представленіями движеніе. О прожитомъ въ такомъ снѣ и, конечно, о всѣхъ реальныхъ событіяхъ, совершавшихся во время такого сна, по пробужденіи, не сохраняется никакихъ воспоминаній, или же дѣйствительныя событія представляются лунатику видѣнными во снѣ. Дѣйствія, совершенныя въ припадкѣ лунатизма, очевидно, сами по себѣ не могутъ вызвать уголовной отвѣтственности.

---

(1) Употребляемое иногда въ нашей литературѣ выраженіе «сонное опьянѣніе», переводъ нѣмецкаго—Schlaftrunkenheit, представляется мнѣ неудачнымъ.

Наконецъ, къ этой же группѣ должны быть отнесены случаи учиненія преступныхъ дѣяній въ состояніи искусственнаго, гипнотическаго сна, случаи, получающіе нынѣ болѣе и болѣе практическаго значенія и съ точки зрѣнія уголовнаго права [1]. При этомъ безразлично, было ли учинено это дѣяніе въ состояніи летаргическомъ, вызванномъ гипнозомъ, или въ состояніи сомнамбулизма. Болѣе трудности преставляютъ несомнѣнно нынѣ констатированные случаи учиненія дѣянія такими лицами въ моментъ бодрствованія, но подъ вліяніямъ воздѣйствія или, вѣрнѣе, приказа, даннаго въ моментъ гипноза; очевидно, что и подобныя дѣянія должны быть разсматриваемы, какъ учиненныя во временномъ потемнѣніи психической дѣятельности, во временно-безсознательномъ состояніи, а потому и невмѣняемыя.

Наше уложеніе говоритъ только о невмѣняемости лунатиковъ, которые, въ припадкахъ своего нервнаго разстройства, дѣйствуютъ безъ всякаго разумѣнія, а уставъ о наказаніяхъ умалчиваетъ и о лунатизмѣ; но очевидно, что, по общему правилу, и преступныя дѣянія, учиненныя подъ вліяніемъ сна и сновидѣній, не заключая въ себѣ вины, не могутъ подлежать и наказанію.

389. Окончивъ этотъ обзоръ состояній, исключающихъ вмѣняемость, я въ заключеніе остановлюсь на нѣкоторыхъ общихъ вопросахъ, относящихся ко всѣмъ этимъ состояніямъ.

Первый вопросъ, устраняютъ ли эти состоянія вмѣняемость при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, независимо отъ ихъ тяжести? Въ этомъ отношеніи всѣ современные кодексы даютъ безусловно утвердительный отвѣтъ. Идіотъ, умалишенный и т. д. одинаково не отвѣчаютъ за убійство, за кражу, за нарушеніе полицейскаго предписанія, по крайней мѣрѣ одинаково не отвѣчаютъ въ порядкѣ уголовнаго суда.

Такъ, по нашему дѣйствующему праву, постановленія ст. 92 и слѣдующихъ уложенія относятся безусловно ко всѣмъ пре-

---

(1) Ср. любопытную статью Lilienthal, der Hypnotismus und das Strafrecht, въ Zeitschrift, 1887 г., № 3, стр. 281—394; Liégeois, de la suggestion hipnotique dans ses rapports avec le droit civil et droit criminel, 1884 г.; въ статьѣ Лиліенталя много фактическихъ указаній и литература вопроса.

ступнымъ дѣяніямъ, въ немъ предусмотрѣннымъ; мало того, такъ какъ ст. 10 уст. о наказ. содержитъ далеко не полный перечень причинъ, устраняющихъ вмѣненіе, которыя указаны въ уложеніи, то эти пробѣлы пополняются на основаніи уложенія; точно также эти постановленія сохраняютъ свою силу и по отношенію къ преступнымъ дѣяніямъ, предусмотрѣннымъ военно-уголовнымъ уставомъ; наконецъ, по выдѣленіи изъ уложенія въ спеціальные уставы, на основаніи закона 1884 г., нарушеній уставовъ питейнаго, табачнаго и сахарнаго, общія правила объ условіяхъ вмѣняемости и вмѣненія сохраняютъ тѣмъ не менѣе свою силу и для этихъ нарушеній.

390. Изъ этого общаго правила существуютъ исключенія по отношенію къ нѣкоторымъ отдѣльнымъ преступнымъ дѣяніямъ, при которыхъ ссылка виновнаго на то, что онъ находился въ состояніи невмѣняемости, не всегда освобождаетъ отъ отвѣтственности.

1) Прежде всего къ этой группѣ относится воспрещенное, подъ страхомъ наказанія, приведеніе себя въ состояніе, устраняющее вмѣняемость. Очевидно, что такіе запреты могутъ имѣть мѣсто только относительно такихъ состояній, которыхъ воспроизведеніе зависитъ отъ самаго лица: несомнѣнно, что современное право не можетъ допустить наказуемости душевно-больныхъ и идіотовъ за то, что они находятся въ такомъ ненормальномъ состояніи. Собственно говоря, въ современныхъ законодательствахъ къ такимъ состояніямъ относится только одно опьянѣніе. Какъ говорилъ еще воинскій артикулъ Петра Великаго—«пьянство никого не извиняетъ, понеже онъ въ пьянствѣ уже непристойное дѣло учинилъ». При этомъ наказуемость можетъ быть двоякая. Во 1-хъ, наказывается пьянство само по себѣ, когда оно повторяется неоднократно, или когда его послѣдствіемъ является разореніе семейства, необходимость пьяницы прибѣгать къ общественной благотворительности. Такъ, по ст. 890 уложенія наказываются за нетрезвую жизнь управляющіе аптеками или содержатели оныхъ; по ст. 1294 наказываются десятскіе, бывшіе нетрезвыми при браковкѣ товаровъ; по ст. 1374—подмастерья—за пьянство въ теченіи одного или нѣсколькихъ работныхъ дней, во время бытности у

мастера въ работѣ; такъ, сельско-судебный уставъ повторяетъ еще и нынѣ постановленія устава благочинія о наказуемости тѣхъ, кто изобличенъ въ пьянствѣ или болѣе времени въ году бываетъ пьянъ, чѣмъ трезвъ; наконецъ, сюда же нужно отнести постановленія о наказуемости за пьянство военнослужащихъ. Во 2-хъ, когда состояніе опьянѣнія входитъ, какъ необходимый элементъ, въ составъ какого либо преступнаго дѣянія; такъ, ст. 42 уст. о наказ. подвергаетъ отвѣтственности за появленіе въ публичномъ мѣстѣ пьянымъ до безпамятства или въ безобразномъ отъ опьянѣнія видѣ. Очевидно, что въ подобныхъ случаяхъ лицо не можетъ ссылаться въ свое оправданіе на состояніе полнаго опьянѣнія, такъ какъ оно и наказывается именно за то, что было пьяно.

2) Сюда же относятся такъ называемыя actiones liberae in causa [1], т. е. поставленіе себя въ состояніе недѣеспособности или съ умысломъ осуществить чрезъ это какое нибудь преступное дѣяніе, или при такихъ обстоятельствахъ, когда виновный могъ и долженъ былъ предвидѣть, что въ такомъ состояніи онъ можетъ учинить что либо преступное или не исполнить требованія закона: вызванный въ судъ свидѣтелемъ, зная, что черезъ полчаса ему надо явиться въ судъ, ложится спать, не принявъ никакихъ мѣръ, чтобы его во время разбудили, и просыпаетъ время явки; стрѣлочникъ, предъ проходомъ поѣзда, сознательно напивается пьянъ, не передвигаетъ стрѣлку и поѣздъ сходитъ съ рельсовъ [2].

Очевидно, что эти случаи относятся также только къ такимъ условіямъ, устраняющимъ вмѣняемость, которыхъ возникновеніе

---

(1) Ср. Binding, Normen, II, стр. 195—201; у него литературныя указанія; ср. также Wächter Handbuch des sächsischen Strafrechts, стр. 397 — 410. Hälschner, стр. 212, и H. Meyer, стр. 191, возстаютъ противъ школьнаго термина, какъ не соотвѣтствующаго содержанію.

(2) Самое понятіе такихъ дѣйствій не исчерпывается только приведеніемъ себя въ состояніе невмѣняемости; оно относится и къ случаямъ приведенія себя въ состояніе невмѣненія, напр., искусственное созданіе физическаго принужденія; далѣе, оно можетъ встрѣтиться при необходимой оборонѣ, крайней необходимости; но тамъ это понятіе получаетъ иное значеніе. Биндингъ разсматриваетъ всѣ эти случаи въ одной главѣ, подъ общимъ названіемъ—die Schuld zur Zeit der That scheinbar nicht mehr vorhanden.

или невозникновеніе въ данное время можетъ завѣсить отъ воли дѣятеля: таковы именно состоянія опьянѣнія и сна.

Далѣе, необходимо, чтобы это лицо само привело себя въ состояніе невмѣняемости; всякая отвѣтственность изчезаетъ, какъ скоро будетъ доказано, что виновнаго насильственно привели въ состояніе опьянѣнія, или что ему дали усыпительнаго.

Отвѣтственность въ этихъ случаяхъ можетъ быть опредѣлена или какъ за умышленное дѣяніе, если, приводя себя въ состояніе невмѣняемости, виновный желалъ, чтобы чрезъ это произошло извѣстное преступное дѣяніе, или, по крайней мѣрѣ, безразлично относился къ тому, что подобное дѣяніе произойдетъ вслѣдствіе его безсознательности, или же какъ за неосторожное дѣяніе, какъ скоро виновный могъ или долженъ былъ предвидѣть, что отъ его безсознательности произойдетъ нарушеніе закона, хотя этого и не предвидѣлъ или думалъ предотвратить таковое.

Такая отвѣтственность возможна главнымъ образомъ при преступномъ опущеніи, при неисполненіи возложенныхъ на виновнаго обязанностей, причемъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ законъ наказываетъ одинаково умыселъ и неосторожность, это приравненіе будетъ распространено и на разбираемые случаи. Объективнымъ основаніемъ отвѣтственности будетъ фактъ неисполненія закона; субъективнымъ—сознаваемое и волимое поставленіе себя въ невозможность исполнить требованіе закона, или же небрежное отношеніе къ исполненію или неисполненію того, что онъ долженъ былъ учинить.

Но отвѣтственность можетъ быть и при преступномъ содѣяніи, какъ скоро съ объективной стороны лицо, находящееся въ безсознательномъ состояніи, именно въ силу этого своего положенія сдѣлалось причиною вреда или опасности для какого либо правоохраненнаго интереса, а съ субъективной—это причиненіе было продуктомъ умысла или неосторожности обвиняемаго. При этихъ условіяхъ пьяный или спящій, причиняющій вредъ какъ инертное тѣло, какъ предметъ внѣшней природы, является, какъ и послѣдній, орудіемъ преступной воли; но различіе состоитъ только въ томъ, что здѣсь орудіемъ человѣка является онъ самъ, обращенный въ неодухотворенный предметъ. Отсюда понятно, что далеко не всякое преступное дѣяніе, учиненное въ полномъ опьянѣніи или снѣ,

можетъ быть подводимо подъ разбираемое понятіе, а только такое, для котораго безсознательность дѣятеля была выбрана какъ средство дѣятельности. Только при этомъ условіи мы можемъ вмѣнить дѣятелю не голый умыселъ, а виновную причинность преступнаго дѣянія, проявляющуюся еще въ то время, когда онъ находился въ состояніи вмѣняемости. Виновный былъ причиною своего безсознательнаго состоянія: это состояніе вызвало преступное дѣяніе; такое причинное отношеніе совершенно аналогично съ дѣйствіемъ человѣка, бросившаго съ горы камень, который, скатившись, убилъ человѣка, аналогично съ дѣйствіемъ дѣеспособнаго, направившаго сумасшедшаго на убійство: дѣйствующій сталъ причиною причины, а causa causae est causa causati. Всего чаще такія отношенія могутъ быть при неисполненіи обязанности, причинившемъ вредъ: опьянѣніе сторожа, кондуктора или машиниста на желѣзной дорогѣ, кучера въ экипажѣ и т. п., а иногда оно можетъ встрѣтиться и при обыкновенныхъ преступныхъ дѣяніяхъ: женщина, зная, что она спитъ крайне безпокойно, кладетъ возлѣ себя новорожденнаго ребенка, предполагая и надѣясь во снѣ задушить его и предположеніе дѣйствительно сбывается.

Противъ такого рѣшенія вопроса дѣлаютъ обыкновенно два возраженія: съ одной стороны, говорятъ, что такимъ образомъ мы дѣлаемъ виновнымъ и отвѣтственнымъ лицо, которое въ моментъ преступнаго дѣянія находилось въ состояніи невмѣняемости; но это замѣчаніе заключаетъ въ себѣ очевидное недоразумѣніе. Вмѣняемость есть субъективный моментъ состава преступнаго дѣянія; поэтому его бытіе должно существовать не въ тотъ моментъ, когда объективно совершается событіе, а въ тотъ, когда въ событіе вкладывается виновный, становясь причиною нарушенія или неисполненія правовой нормы; преступникъ устроилъ машину съ часовымъ приводомъ, которая черезъ 12 часовъ должна произвести взрывъ: онъ отвѣчаетъ за послѣдствія взрыва, хотя бы въ самый моментъ взрыва онъ спалъ непробуднымъ сномъ; лицо дѣеспособное приготовило отраву—оно отвѣчаетъ за отравленіе, хотя бы жертва выпила эту отраву черезъ два дня въ то время, когда отравитель находился въ припадкѣ эпилепсіи, временнаго душевнаго разстройства.

Далѣе, возражаютъ, что при такомъ рѣшеніи самое объектив-

ное вмѣненіе преступнаго дѣянія, становится гадательнымъ, шаткимъ. Можетъ ли кто либо, напиваясь, съ точностью опредѣлить силу опьянѣнія, время отрезвленія, и всего болѣе ту дѣятельность, которую придется исполнять въ безсознательномъ состояніи? Но, какъ мы увидимъ далѣе, для объективнаго вмѣненія вовсе не требуется, чтобы вмѣняемый результатъ былъ неизбѣжный или вѣроятный; вмѣненіе возможно и результатовъ случайныхъ: человѣкъ, на сравнительно далекомъ разстояніи стрѣляющій, не цѣлясь, съ разбѣга, въ другаго и, тѣмъ не менѣе, убившій его наповалъ, отвѣчаетъ за лишеніе жизни. Независимо отъ сего, при actiones liberae in causa разсчетъ на наступленіе преступныхъ послѣдствій можетъ быть вполнѣ вѣроятный: человѣкъ, который ложится спать за полчаса до явки въ судъ, съ большею вѣроятностью можетъ ожидать, что онъ не явится во время: сторожъ, который за нѣсколько минутъ до прохода поѣзда напивается пьянъ, съ достовѣрностью можетъ предсказать, что онъ не переведетъ стрѣлки и т. п. Въ особенности степень этой достовѣрности безразлична тамъ, гдѣ человѣкъ хотѣлъ нарушить свою обязанность умышленно; тамъ же, гдѣ рѣчь идетъ о вмѣненіи причиненнаго вреда въ неосторожную вину, степень вѣроятности наступленія преступнаго результата должна быть принята въ разсчетъ по общимъ правиламъ вмѣненія неосторожности.

При этомъ нельзя не прибавить, что такое рѣшеніе этого вопроса вполнѣ возможно и по тѣмъ законодательствамъ, которыя не содержатъ никакихъ особыхъ по сему вопросу постановленій ([1]), такъ какъ это рѣшеніе вытекаетъ изъ общаго ученія о составѣ и элементахъ преступныхъ дѣяній.

391. Не менѣе серьезнымъ представляется вопросъ о мѣрахъ, которыя государство можетъ и должно принимать противу лицъ, учинившихъ преступное дѣяніе въ состояніи невмѣняемости, такъ какъ, освобождая ихъ отъ наказанія, государство не можетъ однако допустить, чтобы, оставаясь на свободѣ, они грозили зломъ и

([1]) Особыя постановленія содержали: баварское уложеніе 1813 г., саксонское уголовное уложеніе 1838 г., баденское 1845 г. и др.; напротивъ того, австрійскій кодексъ дѣлаетъ изъ этихъ случаевъ особое нарушеніе въ ст. 236, постановляя, что кто въ состояніи полнаго опьянѣнія учинитъ преступленіе, тотъ наказывается арестомъ отъ 1—3 мѣсяцевъ.

бѣдою окружающимъ, и чѣмъ шире становится кругъ психически-больныхъ преступниковъ, тѣмъ важнѣе становится этотъ вопросъ: признаніе субъекта нравственно помѣшаннымъ, нравственнымъ выродкомъ, психопатомъ, не можетъ дать этому лицу патента на совершеніе кражъ, изнасилованія, убійства. Тамъ, гдѣ причины невмѣняемости излечимы, устранимы, конечно, такою мѣрою должна быть отдача въ больницы для душевно-больныхъ; тамъ, гдѣ эти состоянія оказываются неизлечимыми пороками организаціи, больные должны быть помѣщаемы въ убѣжища, достаточно предохраняющія отъ нихъ общество, или должны быть отдаваемы подъ надежную частную охрану.

Дѣйствующее наше право содержитъ по этому предмету крайне разнообразныя постановленія.

Такъ, безумные и сумасшедшіе (ст. 95), въ случаѣ учиненія ими смертоубійства или посягательства на жизнь другаго или свою собственную, заключаются въ домъ умалишенныхъ и притомъ даже въ томъ случаѣ, когда бы ихъ родители или родственники пожелали взять на себя обязанность смотрѣть за ними и лѣчить ихъ.

Напротивъ того, больные, учинившіе такія преступленія въ умоизступленіи или безпамятствѣ, отдаются на попеченіе родителямъ, родственникамъ или опекунамъ, или, съ согласія этихъ лицъ, и посторроннимъ, съ обязанностью имѣть за ними тщательный присмотръ и предупреждать всякую опасность; а если эти лица оказываются недостаточно благонадежными, то они отдаются въ больницу.

Относительно глухонѣмыхъ, по ст. 98, въ случаѣ учиненія указанныхъ преступленій, дѣлается распоряженіе о заключеніи ихъ отдѣльно отъ другихъ, находящихся подъ стражею, и о строгомъ, неослабномъ за ними надзорѣ. При этомъ законъ вовсе не объясняетъ, гдѣ и какъ должны содержаться глухонѣмые; но, какъ справедливо разъяснилъ Сенатъ (рѣшенія по дѣлу Агѣева, $^{75}/_{201}$, а въ особенности по дѣлу Евстигнѣева, $^{77}/_{27}$), они должны содержаться также въ больницахъ и по правиламъ, установленнымъ для душевно-больныхъ.

Наконецъ, относительно дряхлыхъ и лунатиковъ ст. 97 постановляетъ, что они отдаются на попеченіе или помѣщаются въ заведенія общественнаго призрѣнія для бдительнаго за ними при-

смотра; при этомъ законъ не говоритъ, при учиненіи какихъ именно преступныхъ дѣяній могутъ быть приняты эти мѣры, хотя очевидно, по общему смыслу всѣхъ относящихся сюда статей уложенія, что принятіе ихъ допускается только въ случаѣ учиненія убійства, покушенія на него или на самоубійство и поджога.

При этомъ, по приложенію къ ст. 95, они остаются въ этихъ заведеніяхъ или навсегда, если болѣзнь неизлѣчима, или освобождаются по прошествіи 2-хъ лѣтъ, когда въ теченіи этого времени у нихъ не было никакихъ припадковъ; освобожденіе, какъ говоритъ законъ, можетъ быть сдѣлано только съ разрѣшенія высшаго начальства. Впрочемъ, и до истеченія двухлѣтняго срока больной можетъ быть освобожденъ и отданъ подъ присмотръ родственниковъ, если для этого есть какія либо особыя побужденія и достаточное удостовѣреніе, что отъ такого освобожденія не можетъ быть никакой опасности.

Проектъ уголовнаго уложенія содержитъ по этому вопросу болѣе общее правило, предоставляя суду право, буде онъ найдетъ опаснымъ оставить невмѣняемаго безъ присмотра, принимать слѣдующія мѣры: 1) отдавать такихъ субъектовъ, подобно малолѣтнимъ, подъ отвѣтственный надзоръ родителей или другихъ лицъ, согласившихся на это, или 2) помѣщать ихъ въ спеціально врачебныя или иныя, устроенныя для сихъ лицъ, заведенія, но съ тѣмъ, чтобы освобожденіе ихъ оттуда, по надлежащемъ врачебномъ удостовѣреніи въ выздоровленіи, могло быть дѣлаемо только въ порядкѣ, особо установленномъ закономъ. При этомъ самое принятіе той или другой изъ этихъ мѣръ не зависитъ отъ свойства и важности преступныхъ дѣяній, учиненныхъ психически больнымъ.

§ 3. Объектъ преступнаго дѣянія.

392. Понятіе объ объектѣ преступнаго дѣянія.

393. Посягательство на собственныя блага.

394. Посягательство на собственныя блага по нашему праву.

395. Вещи, какъ объектъ преступнаго дѣянія.

396. Отвлеченныя понятія, какъ объектъ преступнаго дѣянія.

*

472. Ссылка на необходимость при нарушеніи служебнаго долга.

473. Превышеніе предѣловъ необходимости.

392. Опредѣляя преступное дѣяніе, какъ посягательство на норму въ ея реальномъ бытіи, или какъ дѣяніе, посягающее на охраненный нормою юридическій интересъ, мы тѣмъ самымъ устанавливаемъ и понятіе объ объектѣ преступнаго посягательства. Такимъ объектомъ является норма права, проявившаяся въ покоящемся на ней чьемъ либо субъективномъ правѣ, или въ охраненномъ ею интересѣ; такъ, говоря, что кража есть захватъ чужаго движимаго имущества, мы этимъ указываемъ, что внѣшнимъ предметомъ, на который направляется посягательство, является матеріальная вещь—часы, кошелекъ и т. п., находящаяся въ чьемъ либо владѣніи, а истиннымъ, хотя и отвлеченнымъ, объектомъ—норма права, регулирующая отношенія наши по имуществу и защищающая неприкосновенность собственности и владѣнія (1).

Изъ этого опредѣленія объекта вытекаютъ весьма важныя практическія положенія.

393. Преступное дѣяніе не существуетъ, какъ скоро не существуетъ юридической нормы, которую бы нарушало дѣйствіе, учиненное виновнымъ. Какой бы вредъ ни заключало въ себѣ дѣяніе, какое бы благо имъ ни разрушалось, оно не почитается преступнымъ, какъ скоро въ немъ нѣтъ посягательства на норму.

На этомъ основаніи не можетъ считаться преступнымъ посягательство на собственныя блага и интересы. Право, какъ внѣшній

(1) Итальянскіе криминалисты, напр. Carrara, § 42, а также и нѣкоторые французскіе, какъ Ortolan, № 546, даютъ названіе объекта только нарушаемымъ нормамъ, а для конкретно нарушаемыхъ интересовъ употребляютъ терминъ—«sujet passif de délit». Нельзя также не замѣтить, что выраженіе «объектъ преступнаго дѣянія» не слѣдуетъ смѣшивать съ понятіемъ объекта права въ смыслѣ гражданскаго права. Объектомъ правъ гражданскихъ является все то, по поводу чего могутъ возникать частныя юридическія отношенія, слѣдовательно, собственныя блага личности, предметы внѣшняго міра, другія лица и ихъ дѣйствія. Ср. Baron, Pandekten, изд. 1872 г., стр. 37—39.

распорядокъ нашей дѣятельности, регулируетъ отношенія лицъ между собою, а не отношенія человѣка къ его собственнымъ благамъ и интересамъ; природѣ права, замѣчаетъ Биндингъ (стр. 599), не соотвѣтствуетъ соединеніе въ одномъ индивидуумѣ субъекта и объекта правъ. Обязанности, лежащія на насъ относительно нормальнаго развитія умственныхъ и физическихъ силъ, относительно охраны нравственной чистоты, незапятнанности человѣческаго идеала въ насъ и т. п., могутъ быть налагаемы нашею совѣстью, выполненіе ихъ можетъ быть требуемо религіею; но онѣ не входятъ въ область права. Поэтому, уничтоженіе или поврежденіе собственныхъ благъ не заключаетъ въ себѣ посягательства на юридическія нормы и не почитается преступнымъ, а является или юридически безразличнымъ дѣяніемъ или даже осуществленіемъ права.

Вопросъ, конечно, измѣняется, если посягательство на собственныя блага заключало въ себѣ посягательство на какіе либо другіе интересы, охраняемые нормами, или служило для нихъ средствомъ: не отвѣчая за самоповрежденіе, виновный, разумѣется, будетъ отвѣчать за это привходящее къ его дѣйствію правонарушеніе.

394. Этотъ принципъ безнаказанности посягательства на собственныя блага, бывшій еще спорнымъ въ началѣ нынѣшняго столѣтія, сдѣлался нынѣ почти незыблемымъ въ доктринѣ (1) и мало по малу установился въ законодательствахъ, въ томъ числѣ и въ нашемъ. Нѣкоторыя кажущіяся исключенія, встрѣчающіяся въ законѣ, какъ мы сейчасъ увидимъ, только подтверждаютъ общее правило.

Такъ, въ области имущественныхъ нарушеній, хотя, напр., наше уложеніе и признаетъ наказуемыми поджогъ и потопленіе собственнаго имущества, но только въ томъ случаѣ, если поврежденное имущество было застраховано или если отъ дѣйствій виновнаго под-

---

(1) Ср. Hälschner, § 187; Binding, Handbuch, § 146; Geib, Lehrbuch, II, стр. 204—211. Изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ Schütze, стр. 94, хотя и признаетъ въ этихъ дѣйствіяхъ посягательство на юридическій порядокъ, но считаетъ ихъ однако ненаказуемыми по соображеніямъ уголовной политики.

верглись опасности чья либо жизнь, или чье либо имущество; истребленіе же собственнаго имущества иными способами или внѣ только-что указанныхъ выше условій, не почитается преступнымъ. Точно также интересами общественнаго порядка, спокойствія или благосостоянія объясняется существованіе нѣкоторыхъ другихъ имущественныхъ проступковъ и нарушеній, въ существѣ коихъ заключается ограниченіе права собственности или владѣнія: таковы, напр., случаи отвѣтственности за нарушеніе правилъ о зарытіи павшаго скота, о возведеніи построекъ и т. п.

Такіе же примѣры кажущихся изъятій мы найдемъ и по отношенію къ случаямъ наказуемаго распоряженія своею личностью и своими личными благами. Такъ, уложеніе наказываетъ за непользованіе извѣстными политическими правами, напр., за неявку безъ законныхъ причинъ въ собранія земское или дворянское, такъ какъ въ пользованіи этимъ правомъ законъ видитъ и извѣстную общественную обязанность, за неисполненіе коей онъ и угрожаетъ наказаніемъ. Съ этой же точки зрѣнія объясняются постановленія уложенія о наказуемости членовредительства, учиненнаго лицомъ, подлежащимъ отбытію воинской повинности, и притомъ ради избѣжанія этой повинности, или наказуемость скопчества, являющагося внѣшнимъ оказательствомъ принадлежности къ преслѣдуемой закономъ ереси, и т. п.

Единственнымъ дѣйствительнымъ исключеніемъ изъ указаннаго выше общаго правила представляется по дѣйствующему праву самоубійство ([1]). Сводъ законовъ считалъ его тяжкимъ преступленіемъ, назначая за покушеніе на самоубійство каторжную работу; но уже въ уложеніи 1845 г., хотя и была сохранена особая глава въ X раздѣлѣ о самоубійствѣ, однако отвѣтственность за него утратила прежній характеръ, такъ какъ законъ назначаетъ за покушеніе на самоубійство только церковное покаяніе, а за оконченное— лишеніе христіанскаго погребенія и недѣйствительность духовнаго завѣщанія; причемъ, съ изданіемъ судебныхъ уставовъ, примѣненіе

([1]) Ср. Wächter, Revision der Lehre vom Selbstmorde, въ Archiv, 1829 г.; мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни 1870 г., т. II, глава VI; тамъ сдѣланъ и подробный разборъ карательныхъ послѣдствій самоубійства по уложенію. Тѣ же соображенія повторены у А. Кистяковскаго, № 147.

и этихъ взысканій, какъ разъяснено практикою сената, въ порядкѣ уголовнаго суда не можетъ имѣть мѣста, такъ какъ, по уставу уголовнаго судопроизводства, судъ надъ мертвымъ юридически невозможенъ. Точно также не мыслимо примѣненіе этихъ послѣдствій и въ порядкѣ гражданскаго суда, потому что, съ одной стороны, онъ некомпетентенъ для наложенія взысканій уголовныхъ, а съ другой, недѣйствительность духовныхъ завѣщаній самоубійцъ, о которой говоритъ ст. 1017 ч. I, т. X, не имѣетъ ничего общаго съ мѣрою, указанною въ ст. 1472, въ виду того, что по законамъ гражданскимъ недѣйствительны только тѣ завѣщанія самоубійцъ, которыя были составлены не въ полномъ умѣ и твердой памяти.

Проектъ уголовнаго уложенія не содержитъ никакихъ карательныхъ постановленій о самоубійцахъ.

395. Точно также внѣ сферы права находятся предметы внѣшняго, окружающаго насъ міра, неодушевленные и одушевленные, а потому и посягательство на нихъ можетъ быть преступнымъ на столько, на сколько этимъ нарушаются права лицъ физическихъ или юридическихъ, или же интересы общественные, или даже и государственные.

Такъ, по уложенію, напр., наказуемо поврежденіе или взятіе чужихъ вещей или животныхъ, какъ посягательство на права ихъ владѣльца или собственника; наказуема ловля рыбы или пищепригодныхъ птицъ въ недозволенное время или недозволенными способами, какъ посягательство на охраняемые государствомъ интересы общественнаго продовольствія. Даже наказуемое по ст. 43^{1} уст. о наказ. жестокое обращеніе съ животными имѣетъ своимъ объектомъ не животное, а народную нравственность, что доказывается, какъ главою, въ которой помѣщена эта статья, такъ отчасти и текстомъ закона, говорящимъ только объ отвѣтственности за причиненіе напрасныхъ мученій животнымъ, но вовсе не защищающимъ неприкосновенности жизни и здоровья животнаго, такъ какъ умерщвленіе животнаго не воспрещается закономъ ([1]).

([1]) Abegg, über Thierquälerei, Archiv, 1851 г.; Кистяковскій, § 139. Конечно, въ исторіи уголовнаго права, въ особенности у народовъ древняго міра, и животное являлось объектомъ преступленія, такъ какъ эти народы видѣли въ немъ

396. По тѣмъ же основаніямъ исчезаютъ изъ современныхъ уголовныхъ кодексовъ постановленія о наказуемости посягательствъ на отвлеченныя представленія и вѣрованія, на извѣстныя научныя положенія, принципы, извѣстныя ученія о формахъ или условіяхъ соціальной и государственной жизни, какъ скоро эти посягательства направляются на самыя идеи и понятія, а не на соединенныя съ ними права лицъ (¹). Въ кодексахъ XVIII вѣка мы еще встрѣчаемся съ преступленіями противъ божества, но позднѣе даже и сторонники теологическаго направленія въ правѣ, отождествляющіе область права и религіи, должны были признать, что божество стоитъ внѣ сферы человѣческихъ отношеній, что оно недосягаемо для преступныхъ посягательствъ и не нуждается въ защитѣ земнаго правосудія. То же нужно сказать и о посягательствахъ на догматы вѣры, какъ таковые, хотя, напр., въ нашемъ уложеніи мы и встрѣчаемъ еще раздѣлъ II-й, озаглавленный: «о преступленіяхъ противъ вѣры»; но неисполненіе правилъ вѣры и обрядовъ вѣроисповѣданія не можетъ быть предметомъ сужденія суда свѣтскаго, не компетентнаго въ оцѣнкѣ убѣжденій и требованій совѣсти; принужденіе къ исполненію требованій религіи каторгою, тюрьмою или штрафомъ, унижаетъ прежде всего религію и ведетъ не только къ лицемѣрію, но и къ невѣрію. Уголовные законы могутъ и должны ограждать церковь, какъ общество вѣрующихъ, ограждать ея мирное, незыблимое существованіе; законъ можетъ преслѣдовать за оказаніе публичнаго неуваженія къ догматамъ и обрядамъ религіи, такъ какъ этимъ нарушаются интересы и права личностей, можетъ наказывать за нарушеніе благочинія въ церквахъ и молитвенныхъ домахъ, за препятствованіе свободному отправленію богослуженія, за другія посягательства на законы о вѣротерпимости; но во всѣхъ этихъ случаяхъ объектомъ будетъ не вѣра или религія, а отдѣльный вѣрующій или церковь, какъ особая форма общенія гражданъ, признанная и охраняемая госу-

---

предметъ поклоненія или символъ религіозныхъ представленій. Аналогичныя явленія, т. е. смѣшеніе символа съ изображаемою имъ идеею, мы можемъ найти и въ позднѣйшихъ кодексахъ, въ раздѣлѣ религіозныхъ преступленій.

(¹) Ср. Кистяковскій, § 141 и сл.; Спасовичъ, стр. 94.

дарствомъ. На томъ же основанiи должны исчезнуть изъ кодексовъ постановленiя о наказуемости теоретическаго, научнаго разбора и оцѣнки господствующихъ мiровоззрѣнiй, принциповъ и формъ государственной и общественной жизни; какъ бы безпощаденъ ни былъ этотъ разборъ, къ какимъ бы выводамъ ни приходилъ авторъ, если при этомъ нѣтъ ругательствъ и поношенiй существующихъ установленiй, нѣтъ пропаганды матерiальнаго насильственнаго ниспроверженiя конкретно-существующихъ учрежденiй или институтовъ, нѣтъ подстрекательствъ къ аграрнымъ преступленiямъ или къ соцiальному и государственному террору и т. д., учинившiй это не долженъ подлежать отвѣтственности.

Съ этой же точки зрѣнiя долженъ быть рѣшенъ вопросъ о преступности посягательствъ, направленныхъ противъ умершаго, каковы, напр., оскверненiе его трупа, поношенiе его памяти, и т. д.; въ этихъ случаяхъ можно говорить только о посягательствахъ на интересы живыхъ родственниковъ покойника, напр., на ихъ честь, о посягательствахъ на общественную нравственность и т. д., но самъ умершiй уже не входитъ, какъ объектъ, въ область преступныхъ дѣянiй (1).

397. Наличность нормы, какъ объекта преступнаго дѣянiя, есть прежде всего условiе объективное; поэтому дѣянiе становится не преступнымъ, какъ скоро окажется, что нѣтъ нормы, на бытiе коей посягалъ виновный, хотя бы онъ не только думалъ, но и былъ убѣжденъ, что такая запретительная или требовательная норма дѣйствительно существуетъ; такое дѣянiе будетъ мнимопреступнымъ—delictum putativum (Wahnverbrechen).

При этомъ возможны три группы мнимо преступныхъ дѣянiй: 1) или предполагаемая дѣйствующимъ норма вовсе не существуетъ: виновный закурилъ на улицѣ, полагая, что куренiе воспрещено, между тѣмъ какъ въ дѣйствительности куренiе дозволено; 2) или норма существовала, но въ ней не заключалось тѣхъ условiй пре-

---

(1) Иначе смотрѣло на это римское право. Изъ новыхъ законодательствъ, германское уложенiе знаетъ, какъ особое преступленiе, оклеветанiе памяти умершаго.

ступности, которыя предполагалъ виновный и благодаря которымъ его дѣяніе только и могло быть преступнымъ: виновный провезъ черезъ границу 10 штукъ сигаръ, полагая, что провозъ хотя бы одной сигары составляетъ таможенное нарушеніе, между тѣмъ какъ провозъ до сотни сигаръ дозволенъ; или 3) норма существовала и при томъ съ тѣми существенными элементами, которые представлялъ себѣ дѣйствующій, но въ то же время въ данномъ случаѣ существовали указанныя нормою условія, при наличности коихъ ея запретительный или требовательный характеръ исчезаетъ, а между тѣмъ виновный ложно представлялъ себѣ, что такихъ условій въ данномъ случаѣ нѣтъ, и что учиненное имъ составляетъ преступное дѣяніе: обвиняемый, напр., убилъ чужую собаку, которая едва не загрызла его собаки, и думалъ, что онъ учинилъ умышленный убой чужаго животнаго, такъ какъ не полагалъ, что его дѣяніе подходитъ подъ крайнюю необходимость (1).

Во всѣхъ этихъ случаяхъ нѣтъ преступнаго дѣянія, такъ какъ нѣтъ нормы, на реальное бытіе коей посягнулъ бы преступникъ.

398. Далѣе, норма права въ своемъ жизненномъ проявленіи, на которое непосредственно посягаетъ преступникъ, представляетъ, какъ мы видѣли, два оттѣнка: или она непосредственно направлена на охрану извѣстныхъ интересовъ, существующихъ въ государствѣ, какъ бы, самостоятельно; или же она охраняетъ эти интересы только какъ проявленіе правъ личности. Въ этой второй группѣ существеннымъ элементомъ понятія объ объектѣ является наличность субъективнаго права.

Обладателемъ этого права могутъ быть или лицо физическое, или фиктивная личность, причемъ таковою почитаются не только юридическія лица, но и другія единенія, коихъ бытіе, а равно и область интересовъ, охраняемыхъ государствомъ, иногда только и распознается изъ нормъ карательныхъ; въ особенности часто

(1) Другіе случаи ошибки и заблужденія какъ въ фактическихъ, такъ и въ юридическихъ условіяхъ преступнаго дѣянія будутъ изложены далѣе, въ ученіи объ умыслѣ. Ср. Binding, Handbuch, § 145.

встрѣчаются такія фиктивныя построенія въ группѣ посягательствъ на честь, доброе имя, уваженіе.

Если воплощеніемъ нормы является субъективное право личности, то, при современной конструкціи уголовнаго права, эта личность охраняется независимо отъ возраста, т. е. начиная отъ момента зачатія (при истребленіи плода) и кончая престарѣлостью, независимо отъ физическаго и психическаго развитія—уроды, нежизнеспособные, идіоты (при убійствѣ, изнасилованіи и т. п.), отъ пола, состоянія, общественнаго и государственнаго положенія и т. д. (1).

399. Нельзя однако не прибавить, что такое равенство охраны всѣхъ лицъ физическихъ въ кодексахъ поясняется сравнительно недавно. До XVIII вѣка законодательство, а равно и доктрина, знали лицъ, не пользовавшихся покровительствомъ законовъ, такъ что посягательства на ихъ блага не признавались преступными (2).

Къ этой группѣ относились, напр., уроды (monstra), какъ существа, не имѣющія человѣческой личности, а, слѣдовательно, и права; благодаря чему, убійство ихъ, напр., по римскому праву и въ средневѣковой юриспруденціи, не признавалось преступнымъ (3).

Далѣе, такая же безправность обусловливалась иногда принадлежностью лица къ извѣстному племени; такъ, нерѣдко въ XV и XVI столѣтіяхъ объявлялись безправыми евреи и цыгане; въ

(1) Но, охраняя всякое лицо физическое, законъ, тѣмъ не менѣе, при отдѣльныхъ преступленіяхъ допускаетъ различіе, такъ сказать, въ объемѣ охраны, установляя, напр., вліяніе на мѣру наказанія физическихъ и юридическихъ свойствъ объекта. Ср. подробныя указанія въ моемъ курсѣ, I, № 112; А. Лохвицкій, курсъ, стр. 199—214.

(2) Abegg, Revision der Lehre von den angeblichstraflosen Tödtungen, въ его Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, 1840 г.; Feuerbach, § 34; Wächter, § 57; Кистяковскій, § 155; Binding, Handbuch, § 147.

(3) Еще въ концѣ XVIII вѣка общее прусское земское право разсматривало такое убійство какъ полицейское нарушеніе. Изъ нѣмецкихъ теоретиковъ нынѣшняго столѣтія за такое положеніе высказались: Фейербахъ, Грольманъ, Россгиртъ, Генке, Гефтеръ.

древнѣйшихъ періодахъ безправыми считались рабы и притомъ или вообще или по отношенію къ ихъ господину (1).

Особенно обширное примѣненіе находило такое изъятіе относительно лицъ, объявленныхъ по судебному приговору или безправыми вообще, или лишенными какой либо категоріи правъ; такъ. древне-римское право считало таковыми лицъ, приговоренныхъ къ sacratio capitis maxima, а въ періодъ императорскій—подлежащихъ проскрипціи: ихъ убійство не только не наказывалось, но награждалось уплатою двухъ талантовъ за голову; такой же характеръ имѣло въ германскомъ правѣ—первоначально Friedlosigkeit. а въ средніе вѣка—Oberacht. У насъ уложеніе 1649 г. допускало безнаказанно убійство измѣнника (глава 2-я, ст. 15), а въ воинскомъ уставѣ Петра Великаго объ ошельмованныхъ, хотя и говорилось, что если кто ошельмованнаго убьетъ, то яко убійца судится будетъ, но другія насилія противъ его личности почитались не наказуемыми. Изъ нѣмецкихъ теоретиковъ начала XIX вѣка даже Фейербахъ признавалъ ненаказуемость убійства изгнанника, самовольно возвратившагося, а равно и приговореннаго къ смерти. Нынѣ всѣ эти ограниченія правоохраны отошли въ область исторіи.

Наконецъ, къ лицамъ безправымъ относили также иногда непріятелей, или, по крайней мѣрѣ, непріятельское войско. Но теперь и это положеніе, даже въ самомъ тѣсномъ его объемѣ, подвергается въ теоріи серьезнымъ возраженіямъ, а на практикѣ значительнымъ ограниченіямъ. Война, за исключеніемъ народной, партизанской, представляется борьбою между вооруженными силами двухъ государствъ; поэтому, убійство въ непріятельской землѣ мирныхъ гражданъ, изнасилованіе, поджоги, даже захваты имущества, не вызываемые военными потребностями, почитаются преступными и влекутъ по военнымъ законамъ тяжкія наказанія.

Даже непріятельскій солдатъ является непріятелемъ только пока онъ составляетъ часть непріятельской вооруженной силы; поэтому

(1) Такъ, относительно рабовъ «Русская Правда» постановляла: «а въ холопѣ и въ рабѣ виры нѣтъ» (Сппс. Карамз. ст. 102), а уставная двинская грамота 1397 г. говорила: «а кто осподарь огрѣшится, ударитъ своего холопа или рабу, и случится смерть, въ томъ намѣстницы не судятъ, ни вины не емлятъ». Ср. А. Кистяковскій, права, по которымъ судится малороссійскій народъ, глава XXX.

убійство или изувѣченіе плѣнныхъ должно обсуждаться и наказываться по общимъ правиламъ.

Еще менѣе можно говорить нынѣ о безправности вообще иностранцевъ. Иностранецъ, переступившій наши предѣлы, пользуется такою же правоохраною, какъ и русскіе подданные. Мало того, даже иностранецъ, находящійся въ моментъ учиненія надъ его правами преступнаго дѣянія за границею, пользуется, въ извѣстномъ объемѣ, охраною нашихъ карательныхъ законовъ. Такъ: 1) можетъ быть наказуемо интеллектуальное участіе (подстрекательство и пособничество) лицъ, находящихся въ Россіи, въ преступномъ дѣяніи, учиненномъ за границею, а равно подготовительныя дѣйствія къ такимъ преступнымъ дѣяніямъ; 2) наказуемо посягательство на матеріальныя блага, напр., на имущество, находящееся въ Россіи и принадлежащее иностранцу, пребывающему за границею; наконецъ, 3) наказуемо посягательство, учиненное въ Россіи на такъ называемыя идеальныя блага личности, пребывающей за границею, для посягательства на которыя вовсе не требуется непосредственнаго соприкосновенія нападающаго и жертвы; таковы, напр., посягательства на честь и доброе имя, на права состоянія и т. д.; на этомъ основаніи наказуемы клевета и ругательство, учиненныя, напр., въ нашихъ газетахъ по отношенію къ лицамъ, проживающимъ за границею, подлоги въ актахъ состоянія такихъ лицъ и т. п., хотя, конечно, на практикѣ условія преслѣдованія и наказуемости дѣяній этого рода ставятся нѣсколько иначе, чѣмъ посягательства на лицъ, пребывающихъ въ Россіи.

400. При этомъ, во всѣхъ тѣхъ дѣяніяхъ, въ коихъ виновный, посягая на норму, посягаетъ и на субъективное право, это послѣднее должно существовать прежде всего въ дѣйствительности. Если виновный предполагалъ, что онъ нарушаетъ чье либо субъективное право, а въ дѣйствительности такого права и не существовало, или не существовало тѣхъ спеціальныхъ условій, при наличности коихъ это право пользуется охраною нормъ, или, наконецъ, существовали особенныя условія, хотя и неизвѣстныя для виновнаго, уничтожающія охрану субъективнаго права нормами, то дѣяніе будетъ мнимо-преступнымъ: брань или опозореніе въ печати какого либо лица, общества или учрежденія, будетъ дѣяніемъ

непреступнымъ, какъ скоро окажется, что это лицо или общество въ дѣйствительности не существовали.

401. Анализируя далѣе, ту группу преступныхъ посягательствъ, въ коихъ необходимымъ моментомъ объекта является субъективное право лица физическаго или фиктивнаго, мы встрѣчаемся съ весьма спорнымъ и важнымъ вопросомъ о значеніи согласія лица, чье субъективное право нарушаетъ виновный, на такое посягательство [1].

Отвѣтъ на это стоитъ въ доктринѣ, прежде всего, въ прямой зависимости отъ воззрѣнія на существо преступныхъ дѣяній.

Такъ, школа Канта, видѣвшая въ преступномъ дѣяніи посягательство на субъективныя права, вторженіе въ сферу свободы другихъ, естественно считала отказъ обладателя права отъ этого права основаніемъ безнаказанности, игнорируя такимъ образомъ общественный моментъ преступности, составляющій его сущность. Болѣе, повидимому, устойчивости представляла другая попытка того же направленія [2], подводившая разбираемые случаи подъ понятіе соучастія въ посягательствахъ на собственныя блага. Человѣкъ, нанесшій по просьбѣ другаго ударъ, является или орудіемъ или пособникомъ просившаго, а такъ какъ посягательство на собственныя блага не почитается преступнымъ, то и соучастіе въ немъ, говорила эта доктрина, въ какой бы ни было формѣ, не можетъ подлежать наказанію. Но сторонники этого воззрѣнія забывали, что

(1) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, № 178, прим. 182. Изъ приведенныхъ тамъ монографій особенно заслуживаютъ вниманія: Wessely, über die Wirkung der Einwilligung des Verletzten auf den Thatbestand und die Strafbarkeit eines Delictes, въ Haimerl's österr. Viert.-schrift, I (1858), стр. 217; Wächter, über den Satz: volenti non fit injuria въ Gerichtssaal, 1868 г. Изъ позднѣйшихъ— статьи Ortmann, Verletzung, insbesondere Tödtung eines Einwilligenden въ Golt. Arch. 1877 г., стр. 134; 1878 г., стр. 195; и въ Gerichtssaal, 1883 г., стр. 371. K. Kessler, die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884 г.; по поводу его работы статьи Roedenbeck и Ullmann, въ Gerichtssaal, 1885 г.; подробно разобранъ этотъ вопросъ у Binding, Handbuch, §§ 148 и 149; разборъ теоріи Биндинга сдѣланъ Кесслеромъ въ Gerichtssaal, 1886 г., стр. 561.

(2) Эту теорію защищалъ Stübel, позднѣе—Henke, а въ особенности она подробно развита у F. Hélie, III, № 1096, въ примѣненіи къ случаямъ убійства по согласію.

между учиненіемъ преступнаго дѣянія по согласію и участіемъ въ посягательствѣ на собственныя блага есть только сходство, а не тождество ([1]). Между лицемъ, доставшимъ для своего пріятеля веревку или ядъ, и между человѣкомъ, пристрѣлившимъ или зарѣзавшимъ другаго, хотя и по его о томъ просьбѣ, существуетъ различіе и объективное, и субъективное, и теоретическое, и практическое. Посягательство на собственныя блага лежитъ внѣ сферы права, а всякое отношеніе, въ которое ставится одно лицо къ другому, по поводу интересовъ личныхъ или вещныхъ, непремѣнно носитъ юридическій характеръ; кромѣ того, нельзя не замѣтить, что и участіе въ чьемъ либо посягательствѣ на собственную личность, напр., въ самоубійствѣ, можетъ, при извѣстныхъ условіяхъ, какъ это мы и видимъ во многихъ кодексахъ, быть наказуемымъ,—тѣмъ болѣе, слѣдовательно, это возможно въ случаяхъ посягательства на права съ согласія ихъ владѣльца.

Иначе, конечно, должна смотрѣть на вопросъ о согласіи та школа, которая видитъ сущность преступнаго дѣянія въ отпаденіи частной воли отъ общей. Проводя послѣдовательно это начало, пришлось бы отрицать всякое значеніе согласія пострадавшаго, такъ какъ это согласіе не можетъ уничтожить конфликта единичнаго съ цѣлымъ; но такое рѣшеніе вопроса приводитъ на практикѣ къ столь явно несостоятельнымъ положеніямъ, въ примѣненіи, напр., къ посягательствамъ на права имущественныя, на честь и т. д., что поэтому огромное большинство новѣйшихъ писателей этой школы, особенно нѣмецкихъ, выбрали средній путь, различая посягательства на права не отчуждаемыя и отчуждаемыя, и по отношенію къ послѣднимъ признавая ненаказуемость при согласіи пострадавшаго ([2]).

Но эта попытка, къ которой примкнули нѣкоторые представители и субъективнаго направленія, вызываетъ, по моему мнѣнію, много недоразумѣній: во 1-хъ, группировка благъ по только-что названнымъ категоріямъ представляется у отдѣльныхъ писателей крайне

([1]) Подробныя доказательства этого приведены въ моемъ курсѣ, I, № 179.

([2]) При посягательствахъ же на права не отчуждаемыя, одни не придаютъ согласію никакого значенія, другіе же видятъ при такихъ условіяхъ въ преступленіи только нарушеніе полицейскихъ требованій. Ср. мой курсъ, I, № 179.

разнообразною, а потому и произвольною. Такъ, Гельшнеръ (§ 188 считаетъ не отчуждаемыми благами не только жизнь, свобод душевно-тѣлесную неприкосновенность, но даже и честь, несмотр на ея производное значеніе; напротивъ того, Фейербахъ (в послѣднихъ изданіяхъ своего учебника) причисляетъ къ не отчу ждаемымъ правамъ только одну жизнь. Во 2-хъ, основанія, по кото рымъ извѣстныя права признаются не отчуждаемыми, оказываютс весьма неопредѣленными. Кестлинъ (System, § 36) говоритъ, чт не отчуждаемы субстанціальныя права личности, потому что вся кое отчужденіе имѣетъ своимъ основаніемъ индивидуальную, не абсолютную волю, а Гельшнеръ замѣчаетъ, что отчуждені правъ, составляющихъ опредѣленіе существа человѣческой лич ности, противорѣчитъ нравственному назначенію человѣка, чт такое отчужденіе безнравственно, и въ силу того не можетъ имѣт никакихъ юридическихъ послѣдствій ([1]). Въ 3-хъ, сторонни камъ этого взгляда приходится дѣлать рядъ изъятій и отступлені въ примѣненіи къ отдѣльнымъ преступнымъ дѣяніямъ, в особенности къ посягательствамъ на честь и свободу.

402. Между тѣмъ, по моему мнѣнію, оставаясь на почв объективнаго воззрѣнія на существо преступныхъ дѣяній, можн дать иное разрѣшеніе этому вопросу. Преступное дѣяніе есть пося гательство на норму, но въ ея реальномъ бытіи; въ условіях реальнаго бытія нормы, казалось бы, и нужно искать различія то роли, которую играетъ согласіе пострадавшаго по отношенію к отвѣтственности.

Реальное бытіе нормы—это правоохраненный интересъ; но эт охрана можетъ относиться или къ самому интересу, къ защит

---

(1) На сколько жизненна эта теорія безнравственности отчужденія личных правъ, которую Hälschner поддерживаетъ и въ послѣднемъ своемъ трудѣ (§ 188 при современномъ экономическомъ строѣ общества, при современномъ положені пролетаріата—когда труду приходится отчуждать въ пользу капитала не тольк свое личное человѣческое достоинство, не только свободу, но и здоровье, за во можность не умереть съ голоду нѣкоторое время—очевидно каждому. Краснорѣ чиво говоритъ о высокой степени низости души при отчужденіи правъ личност С. Баршевъ, стр. 27 и сл. Подробный разборъ теоріи различія благъ отчуждаемых и неотчуждаемыхъ даетъ Hepp, über den Rechtssatz: volenti non fit injuri въ Archiv, XI, стр. 76 и сл.; Luden, Abhandlungen, стр. 415 и сл.

его отъ разрушенія, уничтоженія или измѣненія, или же охрана направляется на юридическое отношеніе лица къ такому интересу, на защиту возможности свободно владѣть, распоряжаться или пользоваться такимъ интересомъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, эта защита можетъ выразиться или въ воспрещеніи того, что вредитъ этимъ интересамъ, или въ воспрещеніи дѣйствія или бездѣйствія, подвергающаго ихъ опасности, и притомъ иногда столь общей и отдаленной, что главнымъ признакомъ нарушенія становится непослушаніе лица требованіямъ компетентной власти, дѣйствіе вопреки или помимо ея воли.

Если посягательство направлено на интересъ, охраняемый непосредственно, согласіе на учиненіе такого дѣянія не можетъ имѣть, по общему правилу, никакого значенія; не можетъ быть и рѣчи о согласіи при богохуленіи, мятежѣ, поддѣлкѣ монетъ, лжеприсягѣ и т. д. Исключеніе въ этой группѣ составятъ только тѣ дѣянія, грозящія отдаленною опасностью интересамъ этого рода, гдѣ признакомъ преступности, входящимъ въ законный составъ дѣянія, является отсутствіе согласія компетентнаго органа власти; понятно, что въ случаяхъ этого рода наличность требуемаго закономъ согласія устраняетъ самое бытіе преступности.

Наоборотъ, если посягательство направлено на интересъ, по отношенію къ которому охраняется только право лица владѣть, распоряжаться и пользоваться этимъ интересомъ, то отказъ такого лица отъ охраненнаго нормою принадлежащаго ему права устранитъ, по общему правилу, преступность посягательства. Изъ этого положенія возможны практически только двоякаго рода исключенія: во 1-хъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда обладателемъ такого интереса является лицо фиктивное, могущее проявлять свою волю путемъ представительства, когда, слѣдовательно, вопросъ о согласіи стоитъ въ зависимости отъ объема правъ, предоставленныхъ этому представителю по закону или по договору; во 2-хъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда, по соображеніямъ культурнымъ, экономическимъ, иногда даже религіознымъ, государство прямо отрицаетъ значеніе согласія при извѣстныхъ, закономъ указанныхъ преступныхъ дѣяніяхъ этой группы (1).

(1) Въ защиту этого взгляда на значеніе согласія высказался еще Mittermayer, въ примѣчаніяхъ къ Feuerbach's Lehrbuch, § 39; Wächter, Ortmann, Wessely.

Такимъ образомъ, практически рѣшеніе вопроса о значеніи согласія пострадавшаго можетъ быть дѣлаемо только при анализѣ состава отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, ихъ объекта и условій охраны сего объекта правовыми нормами (¹).

403. Останавливаясь специально на группѣ преступныхъ дѣяній, направленныхъ противъ интересовъ частныхъ, мы можемъ установить слѣдующія положенія.

Согласіе обладателя нарушеннаго интереса устраняетъ, прежде всего, преступность имущественныхъ посягательствъ, въ видѣ захвата имущества или его истребленія: такъ, случаи передачи, уступки имущества, хотя бы для его уничтоженія, составляютъ для его обладателя, по общему правилу, несомнѣнное право. Весь вопросъ сводится только къ точному установленію того, принадлежитъ ли уступившему право на уступленный интересъ и въ какомъ объемѣ: съ согласія владѣльца дома, этотъ домъ можетъ быть разрушенъ до основанія, но онъ не можетъ быть сожженъ, какъ скоро вокругъ его находятся чужія строенія.

Такое же положеніе примѣняется и къ посягательствамъ на честь. Выраженіе презрѣнія къ личности другаго необходимо предполагаетъ унизительность даннаго обхожденія въ глазахъ какъ оскорбителя, такъ и оскорбленнаго: обида не существуетъ, какъ скоро кто нибудь находитъ обращенныя къ нему слова не оскорбленіемъ, а похвалою. Но если законъ преслѣдуетъ не унизительное обхожденіе само по себѣ, а нарушеніе права каждаго не допускать унизительнаго съ собою обхожденія, то, конечно, впередъ данное согласіе на такое обхожденіе дѣлаетъ обиду немыслимою. Человѣкъ, обругавшій кого либо или плюнувшій другому въ лицо, по убѣдительной о томъ просьбѣ обруганнаго или оплеваннаго, или, по крайней мѣрѣ, съ его на то уполномочія, согласія, не можетъ отвѣчать за обиду.

Къ тѣмъ же выводамъ пришелъ Кесслеръ, въ своей весьма обстоятельной монографіи о согласіи пострадавшаго 1884 г.

(¹) По замѣчанію Биндинга (стр. 710), анализъ значенія согласія при отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ указываетъ на троякую его роль. Оно служитъ основаніемъ безнаказанности, дѣлая самое посягательство или правомѣрнымъ, или юридически безразличнымъ; оно уничтожаетъ право частной жалобы или право частнаго возбужденія уголовнаго преслѣдованія; оно смягчаетъ наказуемость.

Рядомъ съ обидою должны быть поставлены посягательства на цѣломудріе. Эти преступныя дѣянія заключаютъ въ себѣ два элемента: публичный—нарушеніе установленнаго закономъ регулированія плотскихъ отношеній, и частный—посягательство на права личности. Въ первомъ отношеніи согласіе объекта полное и добровольное не можетъ имѣть никакого значенія, а во второмъ, оно уничтожаетъ преступность, такъ какъ законъ охраняетъ не цѣломудріе, какъ таковое, а право лица свободно распоряжаться собою, поэтому изнасилованіе съ согласія жертвы, конечно, немыслимо.

Такое же значеніе имѣетъ согласіе при посягательствѣ на свободное распоряженіе собою и своими дѣйствіями, такъ какъ и это благо не имѣетъ реальнаго, самостоятельнаго существованія; его бытіе выражается именно въ возможности пользоваться этимъ благомъ. Не можетъ считаться преступнымъ тотъ, кто заперъ другаго въ комнатѣ по его просьбѣ или связалъ ему руки; не можетъ быть наказанъ за посягательство на свободу тотъ, кто обращается съ какимъ либо лицомъ, какъ съ рабомъ, если только на это было дано согласіе послѣдняго и въ условіяхъ дѣйствія нѣтъ нарушенія какихъ либо общественныхъ интересовъ. Существованіе извѣстнаго гражданскаго положенія о томъ, что недѣйствительны договоры, противные добрымъ нравамъ и, что, въ частности, недѣйствителенъ договоръ, въ силу коего одно лицо становилось бы рабомъ или крѣпостнымъ другаго, не противорѣчитъ установленному выше началу, такъ какъ это положеніе свидѣтельствуетъ только, что государство не допускаетъ права требовать осуществленія такого договора и даетъ право заключавшему его не исполнить соглашенія; но отсюда нельзя вывести уголовной отвѣтственности лица, воспользовавшагося добровольнымъ осуществленіемъ такого договора со стороны обязавшагося. На этомъ же основаніи добровольно загипнотизированный не можетъ жаловаться, что онъ былъ лишенъ психической свободы и сдѣлался послушнымъ орудіемъ, если, конечно, надъ нимъ, въ моментъ летаргіи или сомнамбулизма, не было совершено никакого другаго преступнаго дѣянія, на учиненіе коего онъ не давалъ согласія.

Болѣе спорнымъ является вопросъ о посягательствахъ на тѣлесную неприкосновенность. Но даже и сторонники противопо-

*

ложнаго воззрѣнія не могутъ не признать, что согласіе уничтожаетъ отвѣтственность во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ главную роль играетъ не физическое страданіе, а нравственное, насиліе надъ личностью, нарушеніе личной неприкосновенности: нельзя допустить уголовной отвѣтственности лица, отодравшаго кого либо за уши, или ударившаго по спинѣ, какъ скоро онъ сдѣлалъ это по просьбѣ или съ дозволенія пострадавшаго. Остаются, слѣдовательно, болѣе тяжкія поврежденія организма—увѣчье, разстройство здоровья. Но какъ установить въ этомъ случаѣ предѣлы дозволеннаго? Будетъ ли безнаказанно причиненіе кому либо, согласно съ его желаніемъ пораненія, отрѣзаніе пальца и т. п.? Будетъ ли уголовно-отвѣтственъ врачъ за перелитіе крови здороваго человѣка больному, за привитіе кому либо, съ его на то согласія, въ видѣ опыта, заразительной болѣзни, если бы этотъ опытъ окончился неудачно для согласившагося? Ссылка защитниковъ противоположнаго воззрѣнія на то, что врачъ безнаказанъ въ подобныхъ случаяхъ только на томъ основаніи, что онъ дѣйствуетъ въ предѣлахъ своихъ обязанностей, не вполнѣ точна, такъ какъ въ примѣрахъ, выше приведенныхъ, рѣчь идетъ о причиненіи вреда не больному, при леченіи, а лицу, согласившемуся подвергнуться научнымъ опытамъ [1].

---

(1) Подробно изложены соображенія о ненаказуемости посягательствъ этого рода у Кесслера, стр. 71—79. Изъ нашихъ криминалистовъ А. Кистяковскій (§ 154) говоритъ, что «соизволеніе на членовредительство и на убійство не можетъ уничтожить виновности этихъ преступленій», но основаній своего мнѣнія не даетъ. Н. Сергѣевскій, пособія, стр. 304, такъ же находитъ, что «посягательство на жизнь и тяжкое неизлѣчимое тѣлесное поврежденіе могутъ разсматриваться какъ дѣянія, подлежащія наказанію, независимо отъ согласія или несогласія пострадавшаго, такъ какъ эти блага представляютъ сами по себѣ большую цѣнность для государства». Такимъ образомъ, охраняется государствомъ, независимо отъ воли обладателя, жизнь и затѣмъ здоровье, но въ ограниченномъ объемѣ, причемъ предѣлъ этой охраны остается, какъ и у всѣхъ сторонниковъ этого взгляда, совершенно неопредѣленнымъ, въ особенности если имѣть въ виду, что тяжесть и неисцѣлимость поврежденія опредѣляются по послѣдствіямъ, а согласіе должно быть дано до причиненія поврежденія: кто либо попросилъ другаго срѣзать мозоль на ногѣ, а въ результатѣ оказалось необходимымъ ампутировать ногу,—можетъ ли срѣзавшій мозоль и причинившій своимъ порѣзомъ потерю ноги ссылаться въ свое оправданіе на просьбу пострадавшаго? Самыя основанія этихъ ограниченій, приведенныя г. Сергѣевскимъ, весьма шатки. Съ одной стороны, если жизнь и здоровье не могутъ быть отчуждаемы, потому что

Послѣднюю группу составляетъ убійство съ согласія убитаго. Посягательства этого рода во всѣхъ современныхъ законодательствахъ почитаются преступными, хотя основанія такого исключенія имѣютъ преимущественно историческій характеръ. При современныхъ условіяхъ государственнаго и соціальнаго строя принципъ охраненія жизни, независимо отъ права на ея неприкосновенность, представляется весьма неустойчивымъ, а послѣдовательное проведеніе его — даже невозможнымъ. Можно смотрѣть на отказъ отъ права на жизнь какъ на дѣяніе грѣховное, безнравственное, подобно тому, какъ смотрятъ и на самоубійство; но трудно отыскать твердыя основанія для признанія юридической ничтожности подобной уступки, а вмѣстѣ съ тѣмъ и для наказуемости убійства по согласію, въ особенности по просьбѣ или требованію убитаго. Идя послѣдовательно, государство должно было бы запретить всѣ тѣ занятія, въ которыхъ человѣкъ изъ-за насущнаго хлѣба подвергается вѣроятной опасности потерять свою жизнь, и притомъ въ срокъ, весьма непродолжительный. Другое дѣло, если такимъ отчужденіемъ права на жизнь нарушаются какіе либо полицейскіе интересы или чрезъ это проявляется вредный общественный предразсудокъ; въ этомъ случаѣ, конечно, возможно допустить наказуемость не только убійства по согласію, но даже и убійства по настоятельному требованію убитаго (1).

они имѣютъ большую цѣнность для государства, то, очевидно, государство должно наказывать и самоубійство, и самоизувѣченье, такъ какъ и въ этомъ случаѣ оно теряетъ цѣнное благо, а съ другой, остается не доказаннымъ, дѣйствительно ли жизнь всякаго гражданина, иногда составляющаго несомнѣнное бремя для себя, семьи и общества, представляетъ большую государственную цѣнность. По отношенію къ тѣлеснымъ поврежденіямъ нельзя, сверхъ того, не прибавить, что жизнь представляетъ не много случаевъ, когда бы люди, безъ достаточныхъ основаній, жертвовали своими глазами, носами и т. п.; боль и страданія служатъ въ этомъ отношеніи лучшею гарантіею этихъ благъ. Еще неудачнѣе приведенный далѣе г. Сергѣевскимъ перечень тѣхъ преступныхъ дѣяній, при коихъ вопросъ о согласіи не можетъ и возбуждаться, такъ какъ здѣсь, рядомъ съ политическими и религіозными преступленіями, съ посягательствами на лицъ недѣеспособныхъ, поставлены почему то изнасилованіе и преступныя дѣянія противъ свободы, гдѣ, конечно, отсутствіе согласія составляетъ существенное условіе состава. Въ пользу мнѣнія, высказаннаго въ текстѣ, изъ нашихъ криминалистовъ: Н. Неклюдовъ, конспектъ, § 17, и, повидимому, В. Спасовичъ, стр. 101.

(1) Ср. также соображенія въ защиту ненаказуемости убійства по согласію у Кесслера, ст. 79—87 и у Ullmann въ Gerichtssaal 1885 г.

404. Въ тѣхъ случаяхъ, когда, по какимъ либо соображеніямъ, учиненіе преступнаго дѣянія; напр., убійства по согласію, признается закономъ наказуемымъ, это согласіе, тѣмъ не менѣе, должно влiять на уменьшеніе отвѣтственности. Нельзя поставить на одну доску съ убійцею изъ корысти или мести солдата, заколовшаго на полѣ битвы своего смертельно раненаго товарища, по его просьбѣ, чтобы избавить его отъ дальнѣйшихъ мученій, доктора, прекратившаго мучительную агонію умирающаго и т. п.

405. Конечно, придавая такую значительную роль согласію пострадавшаго, я предполагаю, что это согласіе будетъ заключать въ себѣ извѣстныя опредѣленныя условія.

1. Согласіе должно быть результатомъ сознательной рѣшимости; поэтому согласившійся долженъ быть дѣеспособнымъ субъектомъ. Уступка какого либо права, сдѣланная умалишеннымъ, ребенкомъ, конечно, не имѣетъ никакого значенія. Дѣеспособность согласившагося установляется сообразно съ обстоятельствами отдѣльнаго случая, или же отсутствіе ея иногда предполагается закономъ; такъ, напр., при плотскихъ преступленіяхъ законъ (ст. 1526 ул.) считаетъ недѣйствительнымъ согласіе дѣвушки моложе 14 (на Кавказѣ 13) лѣтъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда недѣеспособный имѣетъ представителя, согласіе, имѣющее юридическое значеніе, можетъ исходить и отъ послѣдняго, но только, конечно, въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ законъ предоставляетъ ему замѣнять волю недѣеспособнаго; таковы, напр., случаи передачи правъ дисциплинарной власти воспитателю, и т. д.

Дѣеспособность должна существовать объективно. Одного предположенія дѣеспособности со стороны виновнаго не достаточно. Если виновный взялъ вещь съ разрѣшенія ея хозяина, вовсе и не подозрѣвая, что хозяинъ умалишенный, или имѣлъ связь съ дѣвушкою при такихъ обстоятельствахъ, что не могъ и думать, что она не достигла 14 лѣтъ, то виновность его должна обсуждаться сообразно съ ученіемъ о вліяніи ошибки и заблужденія, но о согласіи, какъ о причинѣ, уничтожающей преступность дѣянія, не можетъ быть рѣчи.

2. Точно также согласіе теряетъ всякую силу, какъ скоро оно

было вынуждено или получено обманомъ. Отнятіе вещи остается грабежемъ или разбоемъ, хотя бы виновный не самъ взялъ вещь, а заставилъ хозяина отдать ее себѣ. Но такое вынужденное согласіе должно быть отличаемо отъ согласія выпрошеннаго. Для дѣйствительности уступки безразлично, дано ли было согласіе по собственной иниціативѣ владѣльца права, или оно было послѣдствіемъ убѣжденія третьихъ лицъ, или было выпрошено самимъ обвиняемымъ; такъ же безразличны и мотивы, коими руководился какъ давшій согласіе, такъ и получившій его. Мало того, для непреступности дѣянія иногда вполнѣ достаточно, чтобы пострадавшій индифферентно относился къ утратѣ отнимаемаго блага, не заявлялъ о томъ, что такое дѣйствіе противорѣчитъ его волѣ.

3. Согласившійся долженъ дѣйствительно имѣть право на распоряженіе и уступку того блага или права, отъ котораго онъ отказался; поэтому, согласіе теряетъ всякую силу, если уступающій только симулировалъ право на вещь и уступилъ, напр., чужую вещь подъ видомъ своей, или если онъ, обладая дѣйствительно этимъ правомъ, не могъ распорядиться имъ въ данномъ случаѣ или въ данной формѣ, когда, напр., законъ считаетъ преступнымъ посягательство на данное благо даже со стороны его владѣльца. Такимъ образомъ, наказуемъ поджогъ дома въ селеніи или въ городѣ, хотя бы учиненный съ согласія его собственника; наказуемо истребленіе плода, хотя бы учиненное съ согласія беременной; наказуема растрата заарестованнаго имущества съ согласія его собственника и т. д.

4. По тѣмъ же соображеніямъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда посягательство на частное право заключаетъ въ себѣ нарушеніе интересовъ общественныхъ и государственныхъ, согласіе уничтожаетъ преступность дѣянія только какъ нарушенія частныхъ правъ, но не имѣетъ никакого значенія для его общественнаго и государственнаго моментовъ. Брань, съ согласія на таковую обруганнаго, не составляетъ преступной обиды, но обругавшій можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за нарушеніе тишины и спокойствія, какъ скоро въ учиненномъ имъ дѣяніи находятся необходимые для того элементы. Блудъ, по взаимному согласію дѣеспособныхъ лицъ, не устраняетъ возможности отвѣтственности ихъ за нарушеніе обще-

ственной нравственности, какъ скоро онъ былъ совершенъ, напр., въ публичномъ мѣстѣ. На этомъ же основанiи наказуемо изувѣченiе кого-либо ради освобожденiя отъ воинской повинности; оскопленiе изъ религiозныхъ побужденiй, хотя бы съ согласiя оскопленнаго, дуэль, и при томъ даже въ тѣхъ законодательствахъ, которыя не признаютъ преступнымъ убiйство по согласiю, такъ какъ государство можетъ преслѣдовать дуэль, какъ проявленiе предразсудка, вреднаго для общественнаго порядка (1).

5. Наличность согласiя должна быть доказана, но при этомъ вовсе не требуется, чтобы согласiе было прямо выражено пострадавшимъ, такъ какъ часто вполнѣ достаточно согласiя молчаливаго, подразумѣваемаго или заявленнаго конклюдентными дѣйствiями, когда, напр., бытiе согласiя установляется по обстоятельствамъ дѣла и по тѣмъ отношенiямъ, въ которыхъ находился обвиняемый къ пострадавшему во время учиненiя дѣянiя. Особенно часто можетъ встрѣтиться ссылка на подразумѣваемое согласiе при имущественныхъ посягательствахъ, когда обвиняемый доказываетъ, что онъ поступалъ добросовѣстно, имѣя полное основанiе разсчитывать, что владѣлецъ вещи дастъ свое согласiе; въ подобныхъ случаяхъ нельзя забывать, что рѣчь идетъ не о гражданскихъ послѣдствiяхъ дѣянiя, а объ уголовной отвѣтственности совершившаго.

6. Согласiе во всякомъ случаѣ должно опредѣлить самое дѣйствiе виновнаго, т. е. должно быть дано или прежде, или во время совершенiя дѣянiя; поэтому согласiе необходимо отличать отъ прощенiя, обусловливающаго прекращенiе дѣла при преступныхъ дѣянiяхъ, преслѣдуемыхъ въ порядкѣ частнаго обвиненiя. Этимъ объясняется то обстоятельство, что въ кодексахъ существуютъ иногда такiя преступныя дѣянiя, какъ, напр., имущественные захваты, при которыхъ согласiе владѣльца права уничтожаетъ преступность взятiя вещи, но прощенiе, послѣ учиненiя преступнаго дѣянiя, не имѣетъ никакого процессуальнаго значенiя.

---

(1) Любопытные случаи этого рода представляютъ: ложное обвиненiе кого-либо въ преступленiи, сдѣланное съ согласiя обвиненнаго, напр., съ цѣлью отсрочить отправку его на каторгу, принятiе чужаго имени съ согласiя его владѣльца, употребленiе чужаго паспорта, при тѣхъ же условiяхъ.

7. Согласіе должно имѣть опредѣленный характеръ, т. е. должно относиться къ опредѣленному времени и дѣйствію; но при этомъ безразлично, было ли оно безусловное или условное. Поэтому согласіе на лишеніе жизни, данное подъ условіемъ самоубійства получившаго согласіе, не теряетъ своего значенія. Но согласіе, взятое обратно, теряетъ свою силу, все равно, предшествовалъ ли такой отказъ приступу къ дѣйствію или послѣдовалъ послѣ таковаго, но прежде чѣмъ дѣяніе было совершено; если лицо, запертое по его волѣ, потребуетъ затѣмъ своего освобожденія, то дальнѣйшее его задержаніе становится противозаконнымъ.

406. Въ законодательствахъ вопросъ о значеніи согласія пострадавшаго ставится весьма различно. Изъ нѣмецкихъ кодексовъ нынѣшняго столѣтія (1) особыя постановленія по этому предмету содержали только кодексы баварскій 1813 г. и австрійскій 1852 г.; прочіе партикулярные кодексы, не касаясь вопроса о значеніи согласія въ общей части, упоминали только объ убійствѣ по согласію, а кодексы прусскій 1851 г. и баварскій 1861 г. исключили и эти постановленія, причемъ практика прусская (рѣшенія берлинскаго оберъ-трибунала 18 Апрѣля 1853 г. и 21 Мая 1860 г.), вызвавшая, впрочемъ, единодушное порицаніе германскихъ криминалистовъ, разъяснила такое опущеніе въ смыслѣ приравненія убійства по согласію къ обыкновенному убійству. Кодексъ германскій содержитъ особое постановленіе только объ убійствѣ, вызванномъ прямымъ и настойчивымъ требованіемъ убитаго (§ 216), назначая въ этихъ случаяхъ значительно уменьшенное наказаніе— тюрьму отъ 3—5 лѣтъ, но совершенно умалчиваетъ о значеніи согласія при другихъ дѣяніяхъ, что вызвало значительное разногласіе въ практикѣ и литературѣ, особенно въ примѣненіи къ тѣлеснымъ поврежденіямъ (2). Кодексы венгерскій (§ 282) и гол-

(1) Ср. обзоръ нѣмецкихъ кодексовъ въ статьѣ Вехтера въ Gerichtssaal за 1868 г.; также Köstlin, System, стр. 104; Wessely, стр. 226; спеціально по вопросу объ убійствѣ по согласію много данныхъ собрано въ статьѣ Миттермайера въ архивѣ Гольтдаммера, IX, стр. 438.

(2) Такъ Ortmann, въ архивѣ Goltdammer, 1877 г., стр. 119, разъясняетъ это въ томъ смыслѣ, что при всѣхъ другихъ преступленіяхъ и въ частности при тѣлесныхъ поврежденіяхъ согласіе уничтожаетъ наказуемость; такое же толко-

ландскій (§ 293) также содержатъ особыя постановленія объ убійствѣ по согласію, а кодексы французскій и бельгійскій не упоминаютъ о согласіи и въ группѣ посягательствъ на жизнь, причемъ французскій кассаціонный судъ [1] объяснилъ это умолчаніе въ томъ смыслѣ, что лицо, посягающее на жизнь, хотя бы и по согласію жертвы, дѣйствуетъ съ явнымъ намѣреніемъ на убійство и его дѣяніе содержитъ всѣ элементы, необходимые для законнаго состава meurtre или assassinat; такъ что согласіе пострадавшаго по доктринѣ кассаціоннаго суда не можетъ быть признано ни за fait justificatif, ни даже за excuse légale.

407. Наше дѣйствующее уложеніе не содержитъ ни въ общей, ни въ особенной части никакихъ спеціальныхъ постановленій о вліяніи согласія на отвѣтственность, такъ что для разъясненія этого вопроса нужно обращаться къ разсмотрѣнію состава отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній [2], причемъ, согласіе пострадавшаго должно быть, по моему мнѣнію, почитаемо всегда обстоятельствомъ, устраняющимъ преступность, кромѣ тѣхъ спеціальныхъ случаевъ, гдѣ самимъ закономъ указано противоположное начало [3]. Такъ, напр., по отношенію къ убійству по согласію и наша практика, выходя изъ того соображенія, что по уложенію почитается преступнымъ самоубійство и покушеніе

ваніе относительно тѣлесныхъ поврежденій даютъ: Кесслеръ, Вехтеръ, Шварце; но Hälschner, Strafrecht, находитъ, наоборотъ, что согласіе остается безъ всякаго вліянія при тѣлесныхъ поврежденіяхъ, хотя самъ же прибавляетъ, что такимъ образомъ убійство по согласію будетъ наказываться снисходительнѣе, напр. увѣчья, учиненнаго при тѣхъ же условіяхъ; такое же толкованіе даютъ Oppenhof, Geyer, H. Meyer. Reichsgericht въ своемъ рѣшеніи 15 Ноября 1880 г. (Entsch, II, № 182) и 22 Февраля 1882 г. высказалъ такое положеніе, что тѣлесная неприкосновенность и здоровье суть блага не отчуждаемыя, а потому въ этихъ случаяхъ согласіе пострадавшаго не имѣетъ никакого значенія для отвѣтственности. Подробный разборъ и указаніе несостоятельности этого толкованія даетъ Binding, Handbuch, стр. 722 и сл.

(1) Рѣшенія: 16 Ноября 1827 г.; 23 Іюня 1838 г.; 17 Іюля 1851 г.—Ср. Blanche, II, № 46; въ защиту практики кассаціоннаго суда Lainé, № 230; Garraud, № 152, также полагаетъ, что согласіе жертвы не имѣетъ значенія ни при убійствѣ, ни при тѣлесныхъ поврежденіяхъ. Сильныя возраженія противъ практики французскаго кассаціоннаго суда дѣлаетъ F. Hélie, Théorie, III, № 1095.

(2) Ср. мой курсъ, I, № 185.

(3) Такое толкованіе вполнѣ подтверждается и постановленіями ст. 514 улож. о наказуемости членовредительства по согласію повреждаемаго.

на него, признавала учинившихъ таковыя наказуемыми, какъ за обыкновенное убійство.

Проектъ уголовнаго уложенія въ общей части не содержитъ ([1]) особаго постановленія о значеніи согласія, а въ группу посягательствъ на жизнь включаетъ особое постановленіе объ уменьшенной отвѣтственности за убійство, учиненное по настоянію убитаго и изъ состраданія къ нему.

При этомъ въ объяснительной запискѣ сдѣланы слѣдующія указанія: «хотя общая часть проекта и не упоминаетъ о согласіи пострадавшаго, какъ о причинѣ, уничтожающей преступность извѣстныхъ дѣяній, тѣмъ не менѣе таковая непреступность должна быть признаваема, какъ общее правило, при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, направленныхъ противъ правъ частныхъ лицъ, какъ имущественныхъ, такъ и личныхъ, если самъ законъ не установитъ изъятія.... такія изъятія могутъ быть установляемы тремя способами: а) или прямымъ указаніемъ закона, что къ данному преступному дѣянію не примѣняются общія правила о вліяніи согласія пострадавшаго; б) или признаніемъ наказуемости посягательства на извѣстный частный интересъ даже со стороны его владѣльца, какъ, напр., при поджогѣ собственнаго имущества или при растратѣ заарестованнаго имущества; в) или установленіемъ безнаказанности или меньшей наказуемости нѣкоторыхъ наиболѣе выдающихся случаевъ посягательства на данное благо по согласію жертвы, чѣмъ, понятно, установляется примѣненіе ко всѣмъ прочимъ случаямъ этого рода обыкновенной наказуемости».

408. Преступное дѣяніе для своей полноты требуетъ, за весьма немногими исключеніями, существованія какого либо конкретнаго

([1]) Хотя, въ виду тѣхъ недоразумѣній, которыя возбуждаетъ этотъ вопросъ въ практикѣ французской и нѣмецкой, было бы, казалось, выгоднѣе дать и по этому вопросу въ законѣ общее правило. Г. Сергѣевскій, пособіе, стр. 305, напротивъ того полагаетъ, что о согласіи нѣтъ необходимости упоминать ни въ общей, ни въ особенной части, причемъ приходитъ къ странному положенію, что такое неупоминаніе объ этомъ при убійствѣ и тяжкихъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ будетъ означать, что при нихъ согласіе не имѣетъ никакого значенія, а неупоминаніе при всѣхъ другихъ преступныхъ дѣяніяхъ означаетъ, что согласіе уничтожаетъ отвѣтственность.

интереса, матеріальнаго или идеальнаго, въ коемъ проявляется субъективное право или который непосредственно охраняется нормою. Этотъ интересъ и есть реальный объектъ преступнаго дѣянія; поэтому въ каждомъ уголовномъ дѣлѣ надо доказать его дѣйствительное существованіе, а потому дѣяніе, направленное на не существующій предметъ, будетъ мнимо преступнымъ.

При этомъ, такъ какъ преступное дѣяніе заключаетъ въ себѣ и фактическую и юридическую стороны, то и объектъ можетъ не существовать или тѣлесно, физически, или юридически: можно совершить кражу только реально существующаго предмета, и притомъ принадлежащаго не похитителю, а какому либо другому лицу; тайное взятіе собственной вещи, которую взявшій считалъ чужою, будетъ мнимымъ проступкомъ.

Обыкновенно вопросъ о мнимыхъ посягательствахъ этого рода разсматривается въ ученіи о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ, но такая постановка представляетъ ту неточность, что подобныя посягательства, съ ихъ внѣшней стороны, могутъ имѣть вполнѣ законченный характеръ.

Дѣйствующее право не содержитъ по этому предмету никакихъ постановленій, а проектъ вноситъ особую статью, по коей не почитается преступнымъ дѣяніе, направленное на предметъ не существующій или негодный для учиненія умышленнаго виновнымъ преступнаго дѣянія. При этомъ, какъ вытекаетъ изъ текста статьи и какъ указано въ объяснительной запискѣ, подъ дѣйствіе этого постановленія должны быть подводимы и посягательства на мнимо существующія нормы, или на мнимо существующее субъективное право и, наконецъ, посягательство на блага или интересы, конкретно не существующіе, или не заключающіе въ себѣ тѣхъ условій, благодаря коимъ они пользуются юридическою охраною.

409. Далѣе, какъ жизнь, такъ и законъ, свидѣтельствуютъ намъ, что существуютъ условія, при которыхъ посягательство и на дѣйствительно существующій юридически охраненный интересъ утрачиваетъ, по разнымъ основаніямъ, преступный характеръ, такъ что мы не найдемъ ни одного приказа или запрета, коего нарушенія всегда и при всѣхъ условіяхъ считались бы преступными, не допускали исключеній; самое отношеніе

между правиломъ—охраною даннаго интереса и исключеніемъ—его беззащитностью, видоизмѣняются въ исторіи и исключенія достигаютъ иногда такихъ размѣровъ, что бываетъ трудно опредѣлить, что́ составляетъ общее правило и что́—исключеніе.

Если мы возьмемъ, напр., наивысшую изъ обязанностей, налагаемую на насъ закономъ по отношенію къ другимъ людямъ—не убей, и спросимъ себя: всякое ли даже умышленное лишеніе жизни считается преступленіемъ, то отвѣтъ получится несомнѣнно отрицательный. Не говоря уже о массѣ человѣческихъ жертвъ, приносимыхъ въ любомъ сраженіи ([1]), мы и въ мирное время встрѣчаемся съ случаями такого же непреступнаго лишенія жизни, напр., при необходимой оборонѣ, при крайней необходимости, при исполненіи приговора, присудившаго кого либо къ смертной казни и т. д.; а обращаясь къ прошлому, мы припомнимъ, что число случаевъ такого дозволеннаго убійства, напр., въ періодъ господства частной мести, было еще значительнѣе.

Эти условія, устраняющія уголовную охрану и дѣлающія безнаказанными всѣхъ лицъ, участвующихъ въ такихъ дѣяніяхъ, могутъ быть названы основаніями, уничтожающими преступность дѣянія, въ отличіе отъ разобранныхъ выше причинъ, устраняющихъ вмѣняемость.

Одни изъ этихъ основаній относятся къ отдѣльнымъ преступнымъ дѣяніямъ, а потому и подлежатъ разбору только при разсмотрѣніи этихъ условій,—таковы, напр., по нашему праву взаимность при обидахъ, донесеніе о соучастникахъ при поддѣлкѣ монеты, патріотическія побужденія при самоубійствѣ; другія же могутъ встрѣчаться при различныхъ преступныхъ дѣяніяхъ и подлежатъ разсмотрѣнію въ общей части.

Всѣ эти разнообразныя основанія могутъ быть сведены къ слѣдующимъ категоріямъ: а) исполненіе закона; б) исполненіе приказа; в) дозволеніе власти; г) осуществленіе дисциплинарной власти; д) осуществленіе профессіональныхъ обязанностей; е) осуще-

---

([1]) Binding, Normen, I, стр. 51, замѣчаетъ, что число убитыхъ во франко-русскую войну, конечно, превзойдетъ сумму преступныхъ убійствъ за нѣсколько десятковъ лѣтъ у всѣхъ цивилизованныхъ народовъ.

ствленіе частнаго права; ж) необходимая оборона, и з) крайняя необходимость.

410. *Исполненіе закона.* Крайне разнообразными представляются случаи, въ которыхъ отдѣльному лицу, въ интересахъ государства, общества или другихъ согражданъ, приходится отказаться отъ своихъ правъ или по крайней мѣрѣ ограничить объемъ пользованія ими. Иногда такой отказъ предполагаетъ добровольное дѣйствіе владѣльца права, но иногда подобная уступка считается настолько необходимою, что она осуществляется не только помимо, но и противъ воли обладателя права. Всякое субъективное право неминуемо имѣетъ условный, ограниченный характеръ и притомъ безотносительно къ объему и значенію этого права: возможность ограниченія или даже уничтоженія права ради высшихъ интересовъ другаго лица или, еще чаще, общества, одинаково существуетъ какъ по отношенію къ высшему праву на жизнь, такъ и по отношенію къ низшимъ имущественнымъ правамъ. Очевидно, что если ограниченіе чьего либо права признается по закону необходимымъ, то и самое осуществленіе этой необходимости не можетъ почитаться преступнымъ (1).

Непреступность дѣяній, учиненныхъ въ силу требованія закона по большей части такъ очевидна, что этотъ вопросъ не возбуждаетъ сомнѣній ни въ теоріи, ни на практикѣ. Нужно ли доказывать, что смотритель тюрьмы не отвѣчаетъ за лишеніе свободы арестанта, палачъ—за исполненіе смертнаго приговора? Законодатель, установляя охрану какого либо интереса, можетъ опредѣлить и предѣлы этой охраны.

При этомъ уголовный кодексъ можетъ содержать только общее правило о томъ, что поступки, совершенные во исполненіе закона;

---

(1) При этомъ, для безотвѣтственности безразличенъ характеръ исполняемаго закона. Законъ можетъ оскорблять нравственное чувство интеллигентной части общества, можетъ быть положительно вреденъ общественнымъ интересамъ, такъ что борьба противъ него является актомъ гражданскаго мужества; но тогда исполненіе такого закона, какъ скоро онъ сохраняетъ обязательную силу, освобождаетъ исполнившаго отъ всякой отвѣтственности, такъ какъ законъ не можетъ противорѣчить самому себѣ. Ср. Ortolan, № 483.

не наказуемы, установленіе же отдѣльныхъ случаевъ, когда дозволяется или требуется нарушеніе чьихъ либо правъ, дѣлается въ специальныхъ уставахъ, какъ, напр., въ карантинномъ, лѣсномъ, таможенномъ и т. д.

411. Ссылка на исполненіе закона можетъ имѣть значеніе обстоятельства, устраняющаго преступность, только при наличности опредѣленныхъ условій.

1. Обвиняемый долженъ доказать, что онъ былъ уполномоченъ къ выполненію даннаго дѣйствія, причемъ эта компетентность опредѣляется не степенью власти, а кругомъ вѣдомства: могутъ встрѣтиться такія условія, когда дѣяніе, на исполненіе коего законно уполномоченъ, напр., низшій полицейскій органъ, будетъ составлять превышеніе власти по отношенію къ министру внутреннихъ дѣлъ; внѣ этого уполномочія дѣяніе должно быть признано преступнымъ, какими бы соображеніями общественной или государственной пользы оно ни оправдывалось [1]. Это условіе не теряетъ своего значенія и тогда, когда исполнителемъ закона является не должностное, а частное лицо; въ этомъ случаѣ необходимо доказать уполномочіе закона на выполненіе подобныхъ дѣйствій.

2. Обвиняемый долженъ соблюсти тѣ формы дѣятельности, которыя по закону считаются необходимыми условіями правомѣрности его дѣятельности. Въ этомъ отношеніи нельзя не замѣтить, что значеніе этихъ формальныхъ гарантій, охраняющихъ неприкосновенность правъ отдѣльныхъ гражданъ, стоитъ въ прямомъ соотношеніи съ государственнымъ строемъ и культурнымъ развитіемъ страны; чѣмъ болѣе придается значенія гражданской свободѣ и личной неприкосновенности, чѣмъ точнѣе опредѣлены права и обязанности органовъ власти,—тѣмъ болѣе значенія пріобрѣтаетъ

---

[1] Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, какъ, напр., въ нашемъ уложеніи 1845 г. (ст. 340), допускается исключеніе для чрезвычайныхъ обстоятельствъ, когда дѣйствующій возьметъ принятіе такой чрезвычайной мѣры на свою отвѣтственность и потомъ докажетъ, что эта мѣра была дѣйствительно необходима въ видахъ государственной пользы, или что онъ не могъ, безъ видимой опасности или вреда для службы, отложить принятіе сей мѣры до высшаго на то разрѣшенія.

соблюденіе этихъ формальностей при опредѣленіи законности и незаконности дѣйствій органовъ власти.

3. Наконецъ, для непреступности вторженія въ сферу частныхъ правъ необходимо, чтобы обвиняемый доказалъ, что въ данномъ случаѣ существовало фактическое основаніе для его дѣятельности, или что онъ могъ предполагать его существованіе. Мы не можемъ себѣ представить, чтобы государство предоставляло своему органу право вторгаться въ сферу благъ и интересовъ частныхъ лицъ безгранично, исключительно по его личному усмотрѣнію. Если законъ даетъ органу наружной полиціи право заарестованія гражданъ, то онъ съ опредѣлительностью долженъ указать и случаи, при которыхъ этотъ органъ можетъ воспользоваться этимъ правомъ: городовой можетъ оправдываться тѣмъ, что лицо, имъ задержанное, было пьяно, буянило или ругалось; но можетъ ли онъ сослаться на то, что ему не понравилась физіономія заарестованнаго, показалась ему подозрительною и т. п.? Въ нѣкоторыхъ кодексахъ, какъ, напр., въ французскомъ (ст. 327) и бельгійскомъ (ст. 70), ставится еще условіемъ непреступности исполненія закона наличность приказа или распоряженія компетентной власти. Дѣйствительно, иногда безъ этого условія мы не можемъ оправдать вторженія въ права: солдаты, начавшіе стрѣлять въ мятежную толпу безъ приказанія офицера, совершаютъ, очевидно, противозаконный поступокъ. Тѣмъ не менѣе этому условію нельзя придать общаго значенія, такъ какъ при этомъ всегда предполагается осуществленіе закона нѣсколькими лицами, находящимися въ іерархическомъ соподчиненіи; но такое условіе теряетъ силу, какъ скоро исполнителемъ закона является одно лицо.

412. Сводъ законовъ не содержалъ по данному предмету никакихъ постановленій, а уложеніе говоритъ объ этомъ условіи только при нѣкоторыхъ преступленіяхъ, напр., при убійствѣ (ст. 1471), при посягательствахъ на здоровье (ст. 1495) и отчасти при лишеніи свободы (ст. 1540), но умалчиваетъ, напр., при имущественныхъ посягательствахъ. Такимъ образомъ, система, принятая въ уложеніи, ведетъ къ ненужнымъ повтореніямъ и, въ то же время, изобилуетъ пропусками. При этомъ и при отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ уложеніе беретъ на себя трудную

задачу перечислять всѣ случаи непреступности въ силу исполненія закона, отчего и эти отдѣльныя статьи страдаютъ неполнотою; самыя условія, при которыхъ исполненіе закона почитается непреступнымъ, иногда указываются въ уложеніи, а иногда оно отсылаетъ къ другимъ спеціальнымъ уставамъ.

413. *Обязательный приказъ* (1). Какъ было указано, иногда необходимымъ условіемъ законности вторженія въ сферу правъ частныхъ лицъ является наличность надлежащаго приказа; но какое значеніе для отвѣтственности имѣетъ приказъ отдѣльно взятый? Отвѣчаетъ ли лицо, исполнившее беззаконный приказъ законнаго своего начальника, или же за исполненіе беззаконнаго приказа отвѣчаетъ только приказавшій?

Для отвѣта на это надо обратиться къ юридическому существу приказа. Съ одной стороны несомнѣнно, что могутъ быть случаи, когда единственнымъ оправданіемъ обвиняемаго служитъ данный ему приказъ. Доктрина (2), утверждающая, что исполненіе приказа ни въ какомъ случаѣ не можетъ освобождать отъ отвѣтственности, основана на очевидномъ недоразумѣніи. Судебный приставъ во время засѣданія суда можетъ удалить кого либо изъ засѣданія только по приказу предсѣдательствовавшаго; городовой, прибѣжавшій на свистокъ околоточнаго и отведшій указанное послѣднимъ лицо въ участокъ, можетъ сослаться въ оправданіе своихъ дѣйствій только на полученный имъ приказъ. Мало того, нельзя даже утверждать, что ссылка на приказъ не имѣетъ силы, какъ скоро приказъ по содержанію оказался противозаконнымъ: во второмъ изъ приведенныхъ выше примѣровъ, городовой останется безнаказаннымъ, хотя бы оказалось, что околоточный приказалъ арестовать данное лицо противозаконно. Съ другой стороны, однако, нельзя забывать, что не приказъ создаетъ обязательныя нормы дѣятельности другихъ лицъ, подчиненныхъ, а законъ, на которомъ

---

(1) Спасовичъ, стр. 102; Кистяковскій, §§ 233—237; Schaper въ Holtzendorfs, Handbuch, стр. 122—125; Binding, Handbuch, § 155; Trebutien, § 540 и сл.; Ortolan, №№ 466—486; Lainé, № 234 и сл.; Haus, № 564—573; Brauer, der dienstliche Befehl, als Grund der Straflosigkeit, въ Gerichtssaal, 1856 г.

(2) Geyer, Grundriss, § 19; Liszt, § 33; H. Meyer, § 39.

онъ покоится, а потому, если исполненіе закона освобождаетъ отъ отвѣтственности только при наличности извѣстныхъ условій, то тѣмъ болѣе имѣютъ эти ограниченія значеніе по отношенію къ исполненію приказа, и далеко не всякій приказъ дѣлаетъ его исполнителя безотвѣтственнымъ.

Теорія слѣпаго и безотвѣтственнаго подчиненія приказу начальника давно уже поколеблена въ наукѣ [1]. Что лежитъ въ основѣ такого взгляда? Превращеніе подчиненнаго въ орудіе начальника, орудіе, лишенное способности дѣйствовать своею волею, утратившее обладаніе нравственными принципами, сознаніе запрещеннаго и дозволеннаго. Въ случаяхъ исключительныхъ, при физическомъ принужденіи, такое положеніе возможно, но оно не можетъ считаться нормальнымъ, согласнымъ съ раціональнымъ государственнымъ устройствомъ, одинаково противорѣча и существу человѣческой природы, и разумности государственнаго организма. Такое ученіе могло возникнуть въ эпоху рабства [2], абсолютныхъ деспотій разнаго рода; его можно было поддерживать при существованіи крѣпостнаго права; но оно неминуемо должно исчезать при первыхъ зачаткахъ гражданской свободы.

Притомъ, этотъ принципъ отвѣтственности подчиненнаго за исполненіе незаконнаго распоряженія распространяется на всѣ отрасли государственнаго управленія, а въ томъ числѣ и на отношенія военнослужащихъ, хотя по отношенію къ нимъ всего чаще защищается доктрина безусловнаго подчиненія.

«Солдатъ, говорятъ защитники этого взгляда, долженъ видѣть глазами начальника, думать его мыслями; приказъ—это его мнѣніе, его нравственность, его религія; назначеніе солдата—самоотрицаніе и подчиненность». Поэтому допустить отвѣтственность исполнителя

---

(1) Ср. въ особенности краснорѣчивыя возраженія противъ этой доктрины у французскихъ криминалистовъ—Rossi, Traité, стр. 10—12; Ortolan, Haus, F. Hélie, I, № 280; IV, № 1317—1321.

(2) Римское право даже и о рабахъ говорило: «servus non in omnibus rebus *sine poena* domino dicto audiens esse solet». L. 20 D. de obl. et act., XLIV. Германскій Reichsgericht въ рѣшеніи 4 Іюля 1882 г. (Entsch. VI, № 140) поставилъ такое положеніе: «слѣпое подчиненіе приказу начальника не находитъ себѣ оправданія въ служебныхъ обязанностяхъ, и наличность такого послушанія не можетъ уничтожить преступный характеръ дѣянія подчиненнаго.

приказа въ военномъ быту, значитъ дозволить ему оцѣнку дѣйствій начальника, а съ тѣмъ вмѣстѣ разрушить основу военной дисциплины. Но эти положенія возбуждаютъ значительныя сомнѣнія, такъ какъ при этомъ смѣшиваютъ дисциплину съ субординаціею. Условія военной дисциплины, конечно, требуютъ строгаго послушанія, точнаго исполненія требованій начальника, но это не устраняетъ возможности оцѣнки требованій, начала разумной подчиненности. «Солдатъ, говоритъ Росси, не долженъ разсуждать; но по отношенію къ кому: ко всякому начальнику, или только по отношенію къ своему унтеръ-офицеру, капитану, полковнику? Долженъ ли онъ отказываться отъ обладанія разсудкомъ только въ извѣстныхъ случаяхъ, или же всегда? Но, признавая солдата машиною во всѣхъ случаяхъ и относительно всякаго начальника, мы дойдемъ до такого абсурда, что солдатъ, по распоряженію своего начальника, можетъ выстрѣлить въ своего монарха». Также сомнительно, можно ли считать обязательнымъ измѣнническій приказъ начальствующаго отрядомъ сдаться безъ всякаго основанія непріятелю, или приказъ ротнаго командира сжечь деревню, въ которой рота стояла въ мирное время и т. п. Такая теорія приведетъ неминуемо къ деморализаціи арміи, сдѣлаетъ ее несостоятельною къ борьбѣ съ любою цивилизованною страною (1). Не даромъ кодексъ (1872 г.) самой дисциплинированной арміи—нѣмецкой, призналъ, что хотя за беззаконный приказъ отвѣчаетъ прежде всего приказавшій, но и для безнаказанности исполнителя однако необходимо, чтобы: во 1-хъ, приказъ относился къ дѣламъ службы и былъ данъ непосредственнымъ начальникомъ, а, во 2-хъ, чтобы приказъ не заключалъ въ себѣ, завѣдомо для исполнителя, требованія совершить что-либо, признаваемое по общегражданскому или военному уголовнымъ кодексамъ за преступленіе или проступокъ (2).

---

(1) Весьма любопытныя замѣчанія по вопросу объ условіяхъ раціональной дисциплины дѣлаетъ одинъ изъ талантливѣйшихъ нашихъ военныхъ писателей М. И. Драгомировъ, сборникъ статей, стр. 28 и сл. «Законъ, замѣчаетъ онъ (стр. 43), долженъ стоять выше личности начальника и подчиненнаго».

(2) Brauer, Handbuch des deutschen Militärstrafrechts, 1873 г., стр. 28—30; Fleck, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das preussische Heer, 1869 г., стр. 89; K. Hecker, Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts, 1887 г., стр. 89—94.

414. Конечно, исполненіе приказа освобождаетъ отъ отвѣтственности только при извѣстныхъ условіяхъ, аналогичныхъ съ приведенными выше относительно безнаказанности исполненія закона ([1]).

Необходимо, чтобы приказъ былъ данъ компетентнымъ лицомъ, въ сферѣ его служебной дѣятельности. Мы не можемъ себѣ представить въ организованномъ государствѣ такой исполнительной власти, кругъ дѣятельности которой по отношенію къ подчиненнымъ былъ бы безграниченъ, или которой распоряженія должны бы были приводиться въ исполненіе всѣми и каждымъ. Полицейскій чиновникъ или судебный слѣдователь будутъ отвѣчать за лишеніе свободы, если они заарестуютъ кого либо по приказу некомпетентнаго лица, на какой бы ступени чиновничьей іерархіи это лицо ни стояло. Такимъ образомъ, для безнаказанности исполнителя прежде всего нужно рѣшить вопросъ: имѣлъ ли право приказавшій дать такой приказъ данному лицу, т. е. имѣлъ ли приказавшій право приказывать по службѣ исполнителю въ силу своего служебнаго положенія и относился ли приказъ къ такому дѣянію, которое входило въ кругъ служебной дѣятельности?

Вмѣстѣ съ тѣмъ необходимо доказать, что приказъ былъ данъ въ надлежащей формѣ, если таковая установлена закономъ.

415. При всякой ссылкѣ на приказъ судъ долженъ удостовѣриться, данъ ли былъ онъ компетентнымъ лицомъ, относился ли къ служебнымъ обязанностямъ исполнителя, были ли соблюдены предписанныя закономъ формы; но достаточно ли этихъ условій для оправданія исполнителя приказа, оказавшагося преступнымъ? Отвѣтъ на это можетъ быть троякій: 1) можно признать, что при этихъ условіяхъ за приказъ отвѣчаетъ только приказавшій, такъ что, напр., писецъ нотаріуса, по его приказанію подписавшійся чужимъ именемъ въ качествѣ свидѣтеля акта, будетъ безотвѣтственъ; 2) можно, наоборотъ, признать, что наличность формальныхъ условій законности не имѣетъ никакого значенія для отвѣтственности, какъ скоро приказъ былъ несправедливъ по существу,

---

([1]) Подробное опредѣленіе условій обязательности приказа у А. Градовскаго, начала, II, стр. 99.

такъ что каждый получившій приказъ не только имѣетъ право, но и обязанъ обсудить его какъ съ формальной, такъ и съ матеріальной стороны и отказать въ исполненіи, въ виду возможности своей уголовной отвѣтственности, какъ скоро у него возникнетъ сомнѣніе относительно законности распоряженія; 3) можно признать, что исполнитель отвѣчаетъ за приказъ не всегда, а при извѣстныхъ условіяхъ.

Очевидно, что оба первыя рѣшенія вопроса неудовлетворительны: одно—въ виду интересовъ частныхъ лицъ, такъ какъ, благодаря признанію безнаказанности исполнителей беззаконныхъ приказовъ, уничтожается одно изъ сильныхъ предупредительныхъ средствъ противу опасности, возникающей отъ подобныхъ распоряженій, а привлеченіе къ отвѣтственности лицъ распоряжающихся, приказывающихъ, представитъ большія затрудненія; другое — потому что при подобной постановкѣ вопроса не можетъ успѣшно функціонировать ни одинъ органъ власти.

Поэтому болѣе практичнымъ представляется третье рѣшеніе вопроса, допускающее отвѣтственность исполнителей только въ случаѣ явной преступности приказа. Компетентность приказавшаго, служебный характеръ приказа заключаютъ въ себѣ какъ бы презумпцію его законности; приказъ обязателенъ, хотя бы у исполнителя возникло сомнѣніе въ его правильности, хотя бы онъ не зналъ, существуютъ ли достаточныя фактическія основанія для даннаго распоряженія. Но обстоятельства измѣняются, какъ скоро приказъ, формально законный, требуетъ, завѣдомо для исполнителя, выполненія преступнаго дѣянія, а въ особенности сравнительно важнаго; въ этихъ случаяхъ начало подчиненности парализуется требованіемъ закона, воспрещающаго совершеніе этого преступнаго дѣянія. Такимъ образомъ, приказъ начальника изготовить завѣдомо подложный документъ, офицера — стрѣлять въ перваго встрѣчнаго, не можетъ считаться обязательнымъ, и за осуществленіе таковаго приказа отвѣчаютъ какъ приказавшій, такъ и исполнившій. Эта явная преступность приказа должна существовать не только объективно, но и субъективно; необходимо, чтобы исполнитель сознавалъ противозаконность приказа и, несмотря на то, осуществилъ его.

Но если обязательность приказа существуетъ только субъ-

ективно, а не объективно, если виновный полагалъ, что онъ подчиняется приказу компетентнаго лица, между тѣмъ какъ приказавшій не имѣлъ на то никакого права, то, конечно, его ссылка на обязательный приказъ не можетъ имѣть никакого юридическаго значенія и учиненное виновнымъ должно обсуждаться сообразно съ правилами объ ошибкѣ и заблужденіи.

Наконецъ, исполненіе приказа можетъ служить основаніемъ безотвѣтственности только въ томъ случаѣ, если исполнившій не переступилъ предѣла приказа; всякое же превышеніе приказа влечетъ его личную отвѣтственность: если полицейскому было приказано задержать кого либо, а онъ, безъ необходимости, избилъ задержаннаго, то, конечно, полицейскій будетъ отвѣчать за побои.

416. Исполненіе завѣдомо незаконнаго приказа ни въ какомъ случаѣ не можетъ уничтожить преступности дѣянія, но можетъ вызвать снисхожденіе къ совершившему, такъ какъ такой приказъ часто можетъ близко соприкасаться съ психическимъ принужденіемъ: исполнившій знаетъ, что приказъ, ему данный, беззаконенъ; но онъ точно также знаетъ, что одного его слова, одного намека достаточно, чтобы лишить ослушника мѣста, оставить безъ куска хлѣба. Конечно, отказъ въ исполненіи подобнаго приказа при такихъ условіяхъ будетъ актомъ гражданскаго мужества, будетъ проявленіемъ высоко развитой нравственности; но, съ другой стороны, вынужденная только этимъ путемъ уступка приказу не можетъ не быть принята во вниманіе при опредѣленіи уголовной отвѣтственности.

417. Въ нашемъ правѣ подробныя постановленія о приказѣ мы встрѣчаемъ въ воинскомъ уставѣ Петра Великаго. Въ толкованіи на артикулъ 29 выражено: «начальнику принадлежитъ повелѣвать, а подчиненному послушну быть; оный имѣетъ въ томъ, что онъ приказалъ, оправдаться, а сей отвѣтъ дать, какъ онъ повелѣнное исполнилъ»; по этому, по уставу (ст. 28 и 29) не только подвергались суровой отвѣтственности неисполнившіе приказа, но наказывалось и всякое непристойное разсужденіе объ указахъ, которые ему даны отъ начальника. На системѣ устава основаны были и постановленія свода законовъ (ст. 200, изд. 1842 г.). Иначе поставленъ этотъ вопросъ въ дѣйствующемъ уложеніи, въ специ-

альныхъ постановленіяхъ о нѣкоторыхъ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ. Такъ, ст. 393 наказываетъ за ослушаніе начальству по дѣламъ службы, но кромѣ однако того случая, когда начальникъ потребовалъ учиненія чего либо противозаконнаго; а ст. 403 прибавляетъ, что подчиненный, исполнившій приказаніе или желаніе начальника, зная, что сіе противно законамъ, подвергается наказанію, за то противузаконное дѣяніе опредѣленному, хотя и въ меньшей мѣрѣ, сравнительно съ приказавшимъ ([1]). Впрочемъ, это постановленіе нѣсколько смягчается 6 п. 134 ст., по которому приказъ лица, имѣющаго по природѣ или по закону высшую надъ виновнымъ власть, служитъ обстоятельствомъ, уменьшающимъ отвѣтственность.

Наши военные законы до послѣдняго времени повторяли постановленія воинскаго устава Петра Великаго; но новый воинскій уставъ (ст. 69 по изд. 1875 г.) постановляетъ: «въ случаѣ совершенія по приказанію начальства дѣянія, признаннаго судомъ преступнымъ, подчиненные подлежатъ отвѣтственности только тогда, когда они превысили данное имъ приказаніе, или же, исполняя приказаніе начальника, не могли не видѣть, что онъ имъ предписываетъ нарушить присягу на вѣрность службы или совершить дѣяніе явно преступное».

418. Проектъ включилъ въ общую часть особое постановленіе по сему предмету. Статья 36 постановляетъ: не почитается преступнымъ дѣяніе, учиненное во исполненіе закона или приказа, по службѣ даннаго, подлежащею властію, съ соблюденіемъ установленныхъ на то правилъ, и не предписывавшаго дѣянія, явно преступнаго.

Формула эта, какъ замѣчаетъ объяснительная записка, состоитъ изъ двухъ частей: первая часть установляетъ безнаказанность дѣяній, совершенныхъ во исполненіе закона, объединяя такимъ образомъ различныя постановленія, разбросанныя нынѣ въ особенной части уложенія; причемъ подъ дѣйствіе этихъ постановленій подойдетъ какъ исполненіе велѣній закона органами власти,

---

([1]) Томъ II свода законовъ, ст. 99, также постановляетъ: власть начальника не распространяется на мнѣніе подчиненнаго, которое во всякомъ случаѣ свободно и отъ произвола его не зависитъ; а ст. 100 указываетъ на обязанность каждаго служащаго не подчиняться незаконнымъ распоряженіямъ начальника.

такъ и осуществленіе дисциплинарной власти и даже правъ частныхъ, въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ; вторая часть говоритъ о безнаказанности исполненія обязательнаго приказа и опредѣляетъ условія этой обязательности, принимая за основаніе изложенныя выше постановленія уложенія и воинскаго устава о наказаніяхъ.

Въ замѣчаніяхъ на проектъ нѣкоторые наши и иностранные юристы ([1]) указывали на излишество этого постановленія въ законѣ, такъ какъ правило это представляется совершенно яснымъ; но не говоря о томъ, что и въ теоріи объемъ безнаказанности исполнителей приказа установленъ далеко не безспорно, еще болѣе разнообразія и противорѣчій оказалось во взглядахъ нашихъ практиковъ въ этихъ замѣчаніяхъ, такъ что введеніе въ законъ такого упорядочивающаго начала представляется совершенно необходимымъ ([2]).

419. *Дозволеніе власти*. Отдѣльно отъ приказа ставится вопросъ о значеніи дозволенія органовъ власти на учиненіе даннаго преступнаго дѣянія, преимущественно полицейскихъ нарушеній. Если въ какое либо общественное зданіе воспрещенъ входъ, въ обще-

---

([1]) Между прочими, проф. Листъ, проф. Гуго Мейеръ, проф. Сергѣевскій; послѣдній повторяетъ то же замѣчаніе и въ «пособіяхъ», стр. 295, хотя самъ же онъ далѣе, стр. 296, замѣчаетъ, что въ дѣйствующемъ правѣ этотъ вопросъ поставленъ неудовлетворительно, благодаря именно разбросанности и неполнотѣ. Отдѣльныя положенія по этому вопросу въ общей части содержатъ кодексы бельгійскій (ст. 70) и голландскій (ст. 42 и 43).

([2]) Въ объяснительной запискѣ по этому поводу говорится: «сопоставленіе этихъ столь противоположныхъ мнѣній о приказѣ начальника убѣждаетъ редакціонную коммисію какъ въ необходимости внесенія въ законъ особыхъ постановленій по сему предмету, такъ и въ цѣлесообразности принятаго ею начала. Установленіе полной безнаказанности исполнителей служебнаго приказа, мимо содѣйствуя водвореніемъ безотвѣтной подчиненности, укрѣпленію авторитета власти, было бы не только крайне опасно для отдѣльныхъ гражданъ, для общественнаго спокойствія и государственнаго порядка, но и устраняло бы принципъ, твердо установившійся въ нашемъ законодательствѣ еще при изданіи уложенія 1845 г. и въ 1867 г. внесенный даже въ военно-уголовный уставъ. Съ другой стороны, распространеніе отвѣтственности на исполнителей всякаго служебнаго приказа, оказавшагося противозаконнымъ, не соотвѣтствовало бы, какъ можно видѣть и изъ приведенныхъ выше отзывовъ, еще болѣе распространенному у насъ среди служебныхъ органовъ воззрѣнію на всесильное и обязательное значеніе всякаго приказа».

ственномъ пруду воспрещена ловля рыбы, то можетъ ли виновный въ подобномъ нарушеніи сослаться въ свое оправданіе на разрѣшеніе, данное сторожемъ или смотрителемъ? Здѣсь могутъ быть два случая: если правила объ управленіи зданіемъ или прудомъ давали смотрителю право на подобное разрѣшеніе, то, конечно, объ отвѣтственности получившаго дозволеніе не можетъ быть и рѣчи; но если это право ему не предоставлено, то и ссылка на дозволеніе сама по себѣ не имѣетъ никакого значенія. Нарушитель можетъ ссылаться въ свое оправданіе развѣ только на свою добросовѣстность, на свою ошибку и заблужденіе; но при этомъ, очевидно, нужно установить, что не только дозволеніе не было получено насиліемъ, обманомъ или подкупомъ, но что нарушитель не зналъ, что смотритель не имѣлъ права дать такое разрѣшеніе, и что незнаніе это не можетъ быть ему поставлено въ вину (1).

420. *Осуществленіе дисциплинарной власти* (2). Подобно лицу, исполняющему данный ему законный приказъ власти, не можетъ быть отвѣтственнымъ и тотъ, кто посягаетъ на правоохраненный интересъ, осуществляя предоставленную ему закономъ дисциплинарную власть или обязанности своего званія, если только пользованіе этимъ правомъ или исполненіе обязанности не обусловлено ненарушимостью интересовъ третьихъ лицъ. Случаи такого проявленія дисциплинарной власти крайне разнообразны: таковы, напр., случаи наказанія дѣтей родителями или воспитателями, малолѣтнихъ мастеровыхъ ремесленниками; таково осуществленіе права, предоставленнаго капитану на кораблѣ по отношенію къ экипажу и пассажирамъ, предсѣдателю суда—по отношенію къ присутствую-

---

(1) Ср. любопытную практику по этому вопросу французскаго кассаціоннаго суда у Blanche, II, № 254 и 257. Французскій судъ, при полицейскихъ нарушеніяхъ, не допускаетъ оправданія дозволеніемъ даже при добросовѣстности такой ссылки.

(2) Ср. мой курсъ, т. I, № 126 и сл. 1874 г.; Сергѣевскій, пособія, стр. 296. Въ германскихъ учебникахъ это ученіе включено въ общую часть впервые въ учебникѣ Гуго Мейера (1-е изд. 1875 г.); ср. также подробный обзоръ этого ученія у Binding'a Handbuch, 154, стр. 791—804; онъ справедливо замѣчаетъ, что весьма важный вопросъ о предѣлахъ и условіяхъ осуществленія дисциплинарной власти остается еще совершенно не разработаннымъ; у Биндинга приведены любопытные примѣры изъ практики высшихъ нѣмецкихъ судовъ, а въ прим. 1 на стр. 791—литературныя указанія.

щимъ и сторонамъ, смотрителю тюрьмы — по отношенію къ арестантамъ, таково право фабричныхъ инспекторовъ или акцизныхъ чиновниковъ—на входъ въ помѣщенія, находящіяся въ ихъ завѣдываніи, хотя и противъ воли владѣльца, и т. д.

Всякое ограниченіе интересовъ, сдѣланное при осуществленіи этой власти, не можетъ считаться преступнымъ; но такъ какъ эта власть всегда имѣетъ въ виду только опредѣленную группу отношеній, а не заключаетъ въ себѣ всецѣлаго подчиненія одной личности другой (1), то и превышеніе предѣловъ дисциплинарной власти несомнѣнно подвергаетъ виновнаго отвѣтственности, хотя и можетъ иногда служить основаніемъ смягченія наказанія. Это превышеніе можетъ заключаться или въ употребленіи власти въ неподлежащихъ случаяхъ, или въ употребленіи мѣръ, превышающихъ предѣлы дозволеннаго. Предсѣдатель суда не отвѣчаетъ за замѣчанія, сдѣланныя сторонамъ на судѣ, или за удаленіе кого либо изъ залы засѣданія, какъ за оскорбленіе; но его власть не устраняетъ его отвѣтственности за ругательныя слова, имъ употребленныя, или за побои, нанесенные по его приказанію; заключеніе въ карцеръ или даже наказаніе розгами является осуществленіемъ дисциплинарной власти школы; но оно становится проступкомъ, какъ скоро принятіе этихъ мѣръ не дозволено, или какъ скоро будетъ доказано, что эти мѣры были употреблены не ради интересовъ воспитанія, а какъ проявленіе самодурства, личныхъ разсчетовъ, мести и т. п.

Такъ какъ право дисциплинарной власти предполагаетъ обязанность опредѣленныхъ лицъ подчиняться распоряженіямъ этой власти, то естественно возникаетъ вопросъ: можетъ ли служить

(1) Наиболѣе полною является дисциплинарная власть родителей надъ дѣтьми; по нашимъ гражданскимъ законамъ (т. X, ч. I, ст. 165) не наказуемы оскорбленія дѣтей родителями; но однако за побои, увѣчья и тѣлесное поврежденіе дѣтей родители отвѣчаютъ на общемъ основаніи. Такая же дисциплинарная власть принадлежала по старому праву мужу надъ женою, но теперь законы гражданскіе не содержатъ никакихъ указаній этого рода. Любопытный примѣръ представляетъ рѣшеніе мюнхенскаго обергерихта 17 Апрѣля 1875 г., которымъ, согласно съ баварскимъ земскимъ правомъ, признано, что тѣлесное наказаніе жены мужемъ не составляетъ преступнаго дѣянія. Ср. Geyer, въ Ergänzungen zu Holtz. Handbuch, стр. 93.

оправданіемъ приказъ лица, имѣющаго такую власть? Отвѣтъ несомнѣнно долженъ быть отрицательный. Дисциплинарная власть имѣетъ значеніе только по отношенію къ данному опредѣленному лицу, ей подчиненному, а не распространяется на третьихъ лицъ; поэтому и приказъ, не входящій въ область дисциплинарныхъ отношеній, не можетъ быть обязательнымъ и не можетъ освобождать отъ отвѣтственности (¹).

421. *Осуществленіе профессіональныхъ обязанностей.* Къ той же группѣ относятся и случаи причиненія вреда при исполненіи обязанностей званія, въ частности, напр., обязанностей солдата, врача. Хирургъ не можетъ отвѣчать за ампутацію руки или ноги больнаго, директоръ дома умалишенныхъ—за надѣваніе на больнаго рубашки для сумасшедшихъ въ моментъ припадка и т. п., предполагая, разумѣется, что принятіе этихъ мѣръ вызывалось состояніемъ больнаго, а не было результатомъ преступнаго умысла или преступной неосторожности и невнимательности. Непреступность дѣйствій этого рода можно обосновать только обязанностями званія, а не согласіемъ больнаго, такъ какъ при операціяхъ или леченіи дѣтей, лицъ психически больныхъ или находящихся въ состояніи безсознательности, о подобномъ согласіи не можетъ быть и рѣчи; мало того, врачъ не всегда можетъ прекратить операцію, необходимую по ходу болѣзни, хотя бы паціентъ, подъ вліяніемъ физической боли, происходящей отъ операціи, требовалъ ея прекращенія.

Подъ эту категорію могутъ быть подводимы и случаи совершенія врачемъ перфораціи при невозможности естественнаго родоразрѣшенія или цесарскаго сѣченія. Родильница, потребовавшая перфораціи, можетъ ссылаться на состояніе крайней необходимости, а врачъ—на исполненіе обязанностей званія. При этомъ такая оправдательная ссылка вполнѣ возможна и въ тѣхъ случаяхъ, когда перфорація предпринята не только безъ согласія отца перфорированнаго ребенка, но и противъ воли родильницы, какъ скоро врачъ докажетъ, что эта операція являлась неизбѣжною для того,

(¹) Ср. F. Hélie, I, № 283 и 284; Ortolan, № 362. По англійскому праву совершеніе преступленія женою въ присутствіи мужа не считается преступленіемъ.

чтобы изъ двухъ неминуемыхъ смертей и матери, и ребенка, устранить по крайней мѣрѣ одну—матери.

При этомъ, какъ замѣчаетъ Биндингъ (стр. 803), ссылка на исполненіе обязанностей званія можетъ имѣть полное значеніе и въ томъ случаѣ, когда операція или внутреннее лѣченіе было предпринято не въ видахъ излѣченія больнаго, а въ виду страшныхъ, невыносимыхъ его мученій, конечно, предполагая, что этотъ пріемъ лѣченія не могъ влiять самъ по себѣ на дурной исходъ болѣзни, или причинить устранимую еще смерть.

422. *Осуществленіе частнаго права.* Наконецъ, по тѣмъ же основаніямъ долженъ быть признанъ уголовно-безотвѣтственнымъ и тотъ, кто причиняетъ вредъ благамъ другаго лица при осуществленіи собственнаго права, но, конечно, при извѣстныхъ условіяхъ; въ этомъ отношеніи необходимо различать нарушеніе имущественныхъ и личныхъ правъ другаго лица. Нарушеніе чужаго имущественнаго права при осуществленіи собственнаго не наказуемо, какъ скоро эти права по содержанію своему относятся къ разнымъ объектамъ и мое дѣйствіе только косвенно причиняетъ вредъ имущественному праву другаго, или когда они относятся къ одному объекту, но одно право первенствуетъ предъ другимъ. Для признанія преступности подобнаго рода осуществленія права необходимо особое указаніе закона; такъ, если въ извѣстныхъ случаяхъ законъ требуетъ для возстановленія нарушеннаго права формальнаго содѣйствія судебной власти, то неисполненіе этого можетъ сдѣлать собственника виновнымъ въ спеціальномъ проступкѣ противъ власти, но не въ нарушеніи имущественныхъ правъ частнаго лица.

Но примѣняется ли то же начало и къ личнымъ нарушеніямъ? Французскіе криминалисты безусловно не признаютъ безнаказанности при voies de fait personnelles, а нѣмецкіе ([1]), признавая такое право въ широкомъ объемѣ въ случаяхъ самоуправства по имуществу, относительно самоуправнаго нарушенія правъ личныхъ при-

---

([1]) Ср. Binding, Grundriss, § 101; Liszt, § 33; въ особенности подробно останавливается на этомъ Wahlberg, въ его Gesamm. Schrif. т. III,—Rechtscharakter der Selbsthilfe.

знаютъ ненаказуемымъ только одинъ случай, на основаніи § 127 герм. уст. уг. судопр., по которому всякій уполномоченъ задержать лицо, пойманное на мѣстѣ преступленія, какъ скоро личность его неизвѣстна или когда можно опасаться его побѣга. Въ несравненно болѣе широкихъ размѣрахъ признаетъ это право практика нашего кассаціоннаго сената [1]. Такъ, сенатъ призналъ за хозяиномъ частной квартиры право удалить изъ этой квартиры постороннихъ; за каждымъ лицомъ—право производства обыска у заподозрѣннаго лица; за собственникомъ недвижимаго имущества—право насильственной охраны лѣса отъ порубокъ, луговъ отъ потравъ и вообще отъ противозаконнаго пользованія.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ въ защиту такой практики можно сослаться на прямыя указанія закона, какъ, напр., на правила 18 Іюля 1862 г. о потравахъ, закона 15 Мая 1867 г.—о порубкахъ; но признаніе, напр., сенатомъ права обыска и даже публичнаго у всякаго заподозрѣннаго лица не можетъ быть подкрѣплено никакими прямыми указаніями закона.

Наконецъ, къ этой же группѣ нужно отнести случаи дозволенной государствомъ частной мести, удержавшіеся въ законодательствахъ и практикѣ долгое время послѣ окончанія періода личной и родовой мести; таково, напр., признававшееся римскими юристами право убійства отцомъ дочери, находящейся подъ patria potestas, и ея любовника, захваченныхъ in flagranti; право мужа убить жену, захваченную въ прелюбодѣяніи [2]. Нынѣ мы встрѣчаемся только съ незначительными остатками этого права, въ родѣ, напр., признанія французскимъ и бельгійскимъ уложеніемъ, за excuse légale, при убійствѣ мужемъ жены, захвата ея съ любовникомъ in flagranti, или въ видѣ сохранившагося въ большинствѣ кодексовъ принципа погашенія обидъ за ихъ взаимностью и т. д.

423. Всѣ разсмотрѣнныя причины непреступности дѣянія, вслѣдствіе устраненія правовой охраны интереса, имѣли чисто юри-

---

(1) Ср. мое 5-е изданіе устава о наказ., 1887 г., тезисы №№ 173 и сл. подъ ст. 142.

(2) Ср. мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни по русскому праву, т. I, №№ 137 и 146.

дическій характеръ; еще болѣе значенія представляютъ оправдательныя ссылки на нѣкоторыя фактическія условія дѣйствія, оправдывающія преступное посягательство, а именно, на опасность, грозившую благамъ лица обвиняемаго. Случаи эти и въ доктринѣ, и въ большинствѣ кодексовъ сводятся къ двумъ основнымъ институтамъ: къ необходимой оборонѣ и крайней необходимости (¹).

Различіе между этими двумя понятіями въ доктринѣ проводятъ по двумъ признакамъ: или по различію силъ, создающихъ опасность, или же по различію объектовъ, на права или интересы коихъ направляется защита. Въ первомъ случаѣ, къ необходимой оборонѣ относятъ защиту противъ опасности, грозящей отъ злой воли человѣка (Rechtsnoth), а къ крайней необходимости—защиту противъ опасности, грозящей отъ силъ природы (Naturnoth). Во второмъ—подъ оборону подводятъ всѣ случаи причиненія вреда правамъ и благамъ нападающаго, а подъ необходимость—причиненія вреда третьимъ лицамъ. Послѣднее дѣленіе сдѣлалось нынѣ господствующимъ и въ доктринѣ, и въ законодательствахъ, такъ какъ въ первомъ случаѣ за основаніе дѣленія берется признакъ, не имѣющій, какъ мы увидимъ далѣе, значенія; равнымъ образомъ послѣднее дѣленіе положено въ основу нашего дѣйствующаго права и проекта уголовнаго уложенія.

424. *Необходимая оборона* (²). Подъ необходимою обороною съ этой точки зрѣнія мы понимаемъ признаваемое непреступнымъ

(¹) Иногда рядомъ съ ними ставятъ, какъ самостоятельныя формы—психическое принужденіе и право нужды, но оба эти понятія составляютъ по существу своему только частные случаи необходимости.

(²) Подробныя указанія литературы см. въ моемъ курсѣ, I, № 133, пр. 47. Изъ приведенныхъ тамъ монографій заслуживаютъ особеннаго вниманія: А. Кони, о необходимой оборонѣ, въ Моск. Унив. Извѣст. 1866 г.; A. Berner, die Nothwehrtheorie, Archiv, 1848 г., C. Levita, das Recht der Nothwehr, 1856 г.; A. Geyer, die Lehre von der Nothwehr, 1857 г.; Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1858 г.; Wessely, die Befügnisse des Nothstandes und der Nothwehr nach österreichischen Rechte, 1862 г. Кромѣ того, можно указать на рядъ статей Buri, über Nothstand und Nothwehr въ Gerichtssaal за 1875 и 1878 гг. и въ Archiv für pract. Rechtswissenschaft за 1860 г.; на статью Walberg, der Rechtscharakter der Selbsthilfe und der Nothwehr въ Gesam. Schriften, т. III; K. Janka, der strafrechtliche Nothstand, 1878 г., стр. 1—27; изъ новыхъ французскихъ писателей — Garraud, №№ 154—161; Lainé, №№ 241—257.

причиненіе вреда правоохраненнымъ интересамъ лица, нападающаго на насъ или на другихъ лицъ.

Такимъ образомъ здѣсь, какъ и при предшествующихъ условіяхъ непреступности дѣянія, мы должны остановиться на двухъ основныхъ вопросахъ: на какихъ юридическихъ основаніяхъ покоится непреступность такой обороны и при какихъ условіяхъ оборона можетъ считаться необходимою?

Обращаясь къ исторіи, мы видимъ, что признаніе права обороны отъ грозящей опасности присуще всѣмъ законодательствамъ на всѣхъ ступеняхъ развитія, такъ что понятно возникновеніе ученія о томъ, что это есть право естественное, прирожденное человѣку, и что эта прирожденность служитъ основаніемъ законности обороны. Такъ, еще римское право высказывало, что право обороны вытекаетъ изъ самой природы вещей, что «vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt» (Tr. 45, § 4, D. 9, 2) или, какъ краснорѣчиво говорилъ Цицеронъ: «est igitur haec, judices, non scripta sed nata lex, quam non dedicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus». На то же естественное основаніе обороны ссылались средневѣковые юристы, какъ Кларъ, Дамгудеръ, Карпцовъ; та же доктрина была поддерживаема представителями естественнаго права — Гуго Гроціемъ, Пуффендорфомъ и даже занесена въ нѣкоторые кодексы конца XVIII столѣтія, стремившіеся облечь принципы этой школы въ постановленія закона. Такъ, кодексъ для западной Галиціи 1797 г., въ § 29 постановлялъ, что «право защищать себя и ближнихъ принадлежитъ къ числу прирожденныхъ правъ» [1]. Даже и между новыми криминалистами [2] мы встрѣчаемъ сторонниковъ такой аргументаціи, хотя нельзя не

---

[1] См. любопытныя указанія у Wahlberg, в. с., § 1. Онъ прибавляетъ, впрочемъ, что далѣе, при опредѣленіи границъ обороны, это прирожденное право сводится въ этомъ кодексѣ къ весьма незначительному объему.

[2] Такъ, напр., большинство французскихъ криминалистовъ: Ortolan, F. Hélie, Trébutien, Lainé; изъ нѣмецкихъ—Schütze, Geib; у насъ—Кистяковскій, § 214. Средневѣковые криминалисты, какъ Carpzow, Matthäus, ссылались въ защиту права обороны и на священное писаніе и видѣли въ ней религіозную обязанность, нарушеніе которой является грѣхомъ противъ Бога и проступкомъ противъ себя и государства. Ср. Wessely, в. с., стр. 36.

замѣтить, что ссылка на то, что оборона есть институтъ, присущій всякому общежитію, а потому прирожденный, составляетъ, собственно говоря, утвержденіе факта, а вовсе не его юридическое доказательство.

425. Такой же фактическій характеръ имѣло и противоположное направленіе, развившееся преимущественно въ нѣмецкой литературѣ, въ XVII и началѣ XVIII столѣтія, признававшее оборону не прирожденнымъ правомъ, а прямымъ остаткомъ эпохи частной мести и феодальныхъ порядковъ, видѣвшее въ ней попытку самовольнаго ограниченія абсолютной власти, а потому допускавшее ее въ весьма ограниченныхъ размѣрахъ съ цѣлымъ рядомъ стѣснительныхъ условій (1).

Попытки дѣйствительнаго юридическаго обоснованія обороны являются съ конца прошлаго столѣтія и притомъ, въ особенности въ Германіи, крайне разнообразнаго характера (2). Послѣдователи Фихте (Zöpfl, Nothwehr въ Archiv 1842 и 1843 гг.) признавали основаніемъ правомѣрности уничтоженіе возможности совмѣстнаго существованія нападающаго и обороняющагося, а черезъ то—уничтоженіе господства юридическаго порядка, вслѣдствіе чего защита являлась если неправомѣрною, то юридически безразличною. Другіе (Stelzer, Jarcke, Temme, Hye Glüneck) обосновывали оборону тѣмъ, что обороняющійся находился въ состояніи, устраняющемъ вмѣняемость. Наконецъ, гегеліанцы видѣли въ ней одинъ изъ способовъ утвержденія господства права и уничтоженія единичной воли, противопоставившей себя абсолютной волѣ (3).

426. На какихъ же основаніяхъ можетъ быть дѣйствительно построено право обороны? Прежде всего оно заключается въ субъек-

---

(1) Полнымъ выразителемъ этого направленія въ позднѣйшей литературѣ можетъ служить сочиненіе Gratenauer, über die Nothwehr, 1806 г.

(2) Обзоръ различныхъ теорій у Köstlin, стр. 76 и сл.; Levita, стр. 22—30; Jancka, стр. 11—19; мой курсъ, I, № 134—135.

(3) Выходя изъ идеи ничтожества неправды, эта школа приходитъ къ признанію не только права, но и обязанности обороны. Въ особенности развиваютъ эту сторону Michelet и Richter. Впрочемъ, нѣкоторые другіе писатели той же школы, какъ Köstlin, Levita, хотя и признаютъ правомѣрность обороны, но видятъ въ ней уступку, сдѣланную частнымъ лицамъ государственною властью.

тивныхъ условіяхъ дѣянія, въ особенности въ волѣ обороняющагося. Государство считаетъ преступнымъ или сознательно заявленное виновнымъ неуваженіе къ требованіямъ права и закона, умышленное посягательство на правоохраненный интересъ, или, по крайней мѣрѣ, выказавшееся въ преступномъ дѣяніи легкомысліе, небрежность. Ни одинъ изъ этихъ признаковъ преступной воли не существуетъ при оборонѣ: дѣятельность обороняющагося опредѣляется только стремленіемъ охранить интересы отъ грозящей неправомѣрной опасности; стимуломъ дѣйствія является принужденіе, а не испорченность, грозящая опасностью общественному спокойствію. Съ этой точки зрѣнія нельзя не признать оборону извинительною, непротивозаконною.

Но, всматриваясь ближе въ юридическое значеніе оборонительныхъ дѣйствій, мы увидимъ въ нихъ другой не менѣе важный моментъ—объективный, отличающій ихъ отъ дѣяній преступныхъ: мое вторженіе въ право другаго имѣетъ производный характеръ; я употребляю силу, предупреждая или преступное дѣяніе—убійство, поджогъ, изнасилованіе, или же хотя и непреступное, но и неправомѣрное дѣяніе. Это свойство моего дѣйствія должно быть принято въ разсчетъ при его оцѣнкѣ.

Ненарушимость правоваго порядка, возможность для каждаго пользоваться правами и благами, ему принадлежащими, есть необходимое условіе существованія всякаго цивилизованнаго общества. Въ государствѣ эта охрана лежитъ на общественной власти и выражается какъ въ уничтоженіи послѣдствій совершившихся нарушеній, такъ и въ предупрежденіи ихъ, отъ кого бы эти посягательства ни исходили.

Но какъ въ той, такъ и въ другой сферѣ охранительной дѣятельности государственная власть не можетъ дѣйствовать безъ помощи другихъ факторовъ общественной жизни. Семья, школа, община не только раздѣляютъ съ государствомъ власть карательную, въ формѣ власти дисциплинарной, но участвуютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и въ его заботахъ о предупрежденіи нарушеній.

На тѣхъ же основаніяхъ вкладывается въ предупредительную дѣятельность частное лицо; мало того, оно играетъ въ этомъ отношеніи едва ли не главную роль. Государство можетъ пытаться устранить причины нарушеній правоохраненныхъ интересовъ,

можетъ уменьшать условія, содѣйствующія ихъ совершенію, но оно не въ состояніи предвидѣть и предотвратить каждое отдѣльное правонарушеніе. Оно не можетъ даже и ставить своею задачею охраненіе каждаго индивидуума въ каждый моментъ его жизни: какъ рѣдко могло бы оно предупреждать кражу или грабежъ, или опасность, грозящую отъ злыхъ собакъ, разлива рѣкъ, обваловъ, если бы ему не помогали благоразуміе, замки и запоры частныхъ лицъ!

Государство, предупреждая посягательство на правоохраненные интересы, не ограничивается пассивными мѣрами, не относящимися прямо къ лицу, посягающему на правовый порядокъ; оно нерѣдко идетъ далѣе и ограничиваетъ свободу предполагаемыхъ нарушителей, уничтожаетъ ихъ; еще чаще получаетъ такой активный характеръ предупредительная дѣятельность частныхъ лицъ благодаря самымъ условіямъ нападенія, его реальному характеру.

По этимъ соображеніямъ оборона является необходимымъ дополненіемъ охранительной дѣятельности государства, и поврежденіе, причиненное интересамъ нападающаго, представляется не только непротивозаконнымъ или извинительнымъ, но и правомѣрнымъ (¹).

Къ этому нельзя не прибавить, что такое право обороны, какъ учила и школа естественнаго права, не создается государствомъ, а только признается и санкціонируется имъ. Его конкретное проявленіе, конечно, зависитъ отъ недостатковъ организованной государственной охраны, но его внутренняя сущность опирается на существо идей государственнаго общежитія и права, какъ регулирующаго и охраняющаго элемента общественной жизни. Уступка государственной власти охраны личности и ея правъ, сдѣланная частными лицами и общиною при сформированіи государства, предполагаетъ реальную, а не фиктивную охрану, и только въ томъ случаѣ личная охрана не можетъ имѣть мѣста, когда ненарушимость правъ, порядокъ и спокойствіе дѣйствительно охранены государствомъ; съ другой стороны, понятіе о правѣ, какъ практическомъ распорядкѣ общественной жизни, совмѣщаетъ въ

(¹) Вѣрныя замѣчанія дѣлаетъ по этому поводу Hälschner, Strafrecht, § 189; ту же мысль проводятъ: Неклюдовъ, конспектъ, § 18; Garraud, № 154; Liszt, § 34; а въ особенности Binding, Handbuch, § 150.

себѣ идею о цѣли—охрана интересовъ и господство правоваго порядка, и идею о средствахъ для осуществленія этой цѣли—неуклонная борьба за право противъ неправа или, общнѣе, противъ незаконнаго посягательства на него, и притомъ какъ въ области публичной, такъ и частной. Въ идеѣ объ обладаніи правомъ заключается представленіе не только о пользованіи имъ, но и объ охранѣ его отъ нарушеній; въ этомъ смыслѣ можно утверждать, что оборона есть прирожденное право (1).

Такимъ образомъ, отраженіе незаконнаго нападенія на правоохраненные интересы, со всѣми послѣдствіями, изъ сего отраженія вытекающими, составляетъ дѣяніе не только извиняемое, а потому и непреступное, но даже, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ оборона направлена противъ преступныхъ посягательствъ, является осуществленіемъ права.

427. Второй особенно важный практическій вопросъ представляетъ установленіе условій и предѣловъ законной обороны. Если исполненіе закона и осуществленіе права, какъ мы видѣли, дѣлаютъ учиненное непреступнымъ только при извѣстныхъ условіяхъ, то еще съ большимъ основаніемъ эта ограниченность примѣняется къ институту обороны, границы которой измѣняются исторически, въ прямой зависимости отъ положенія личности въ государствѣ (2).

---

(1) Значеніе борьбы за право, какъ элемента идеи права, превосходно развито Іерингомъ въ его der Kampf um's Recht, 1872 г.; особенно стр. 95; см. также Ianka, стр. 20 и сл.

(2) Подробныя указанія по исторіи необходимой обороны въ римскомъ и древненѣмецкомъ правахъ и въ средневѣковой юриспруденціи можно найти въ указанныхъ выше сочиненіяхъ Levita и Seeger, а также у Jhering, Geist des römischen Rechts, въ 1-мъ томѣ. По французскому праву у Ortolan, № 436; по нашему праву въ монографіи А. Кони, стр. 79 и сл., а также въ моемъ курсѣ, I, № 136. Исторически прежде всего выдвинулись нѣкоторые важнѣйшіе случаи обороны, а именно: причиненіе обороняющимся убійства или тѣлеснаго поврежденія. Такъ, въ римскомъ правѣ только въ позднѣйшемъ періодѣ встрѣчается обобщенное понятіе объ оборонѣ; въ германскомъ правѣ постановленія объ оборонѣ относились къ особенной части, а именно къ убійству, не только въ Каролинѣ, но и въ партикулярныхъ кодексахъ, напр., въ брауншвейгскомъ 1842 г.; въ Австріи въ Терезіанѣ и въ кодексѣ 1803 г.; а французскій кодексъ и нынѣ объ оборонѣ говоритъ въ раздѣлѣ объ убійствѣ и тѣлесныхъ

Въ нашемъ правѣ мы встрѣчаемъ два противоположныя теченія. Старое право, выразившееся въ уложеніи Царя Алексѣя Михаиловича 1649 г. и въ новоуказныхъ статьяхъ 1669 и 1680, смотрѣло весьма широко на оборону, признавая ее вполнѣ правомѣрнымъ актомъ: такъ, ст. 200 главы X уложенія, дозволяя убить нападающаго на домъ, прибавляетъ: «а кого онъ убьетъ и ему то убійство учинится отъ себя: не пріѣзжай въ чужой домъ насильствомъ». При этомъ уложеніе допускаетъ оборону для защиты правъ какъ своихъ, такъ и другихъ лицъ, для защиты правъ личныхъ и имущественныхъ; такъ, по отношенію къ вору оборона допускается и въ томъ случаѣ, когда воръ бѣжалъ, но, будучи догнанъ хозяиномъ, не возвратилъ вещи, а оказалъ сопротивленіе.

Иначе отнесся къ праву обороны Петръ Великій въ воинскомъ уставѣ и въ особенности въ морскомъ уставѣ 1720 г., перенося къ намъ нѣмецкія воззрѣнія XVII вѣка и обставляя оборону рядомъ стѣснительныхъ мѣръ, въ особенности относительно объема защиты, понятія ея своевременности и т. п.

Но воззрѣнія Петровскаго законодательства не привились къ нашему праву. Правда, сводъ законовъ пытался было соединить систему уложенія 1649 г. и воинскаго устава, несмотря на полную ихъ противоположность; но уложеніе 1845 г. возвратилось въ

поврежденіяхъ, хотя, впрочемъ, его система порицается всѣми французскими криминалистами—Ортоланомъ, Гарро, Лене. Въ современной нѣмецкой литературѣ отнесеніе ученія о необходимой оборонѣ къ общимъ институтамъ уголовнаго права не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній. Изъ нашихъ криминалистовъ только А. Лохвицкій разсматриваетъ, почему то, ученіе объ оборонѣ въ особенной части. Н. Сергѣевскій (статья въ журн. гражд. и угол. права 1883 г., стр. 114; пособіе, стр. 295) находитъ, что отнесеніе обороны въ уголовное право и уголовные кодексы теоретически безусловно не правильно, такъ какъ онъ полагаетъ, что ея мѣсто въ составѣ положеній государственнаго права; но основаніе его мнѣнія,—что такъ какъ оборона устраняетъ не только уголовную, но и гражданскую отвѣтственность, то она и не можетъ быть помѣщаема въ уголовномъ кодексѣ, представляется весьма несолиднымъ: на этомъ основаніи придется выкинуть изъ уголовнаго права и ученіе о случаѣ, о дѣтствѣ и т. п. Опредѣленіе въ основныхъ или конституціонныхъ законахъ общихъ правъ личности, какъ свобода вѣры, слова, неприкосновенности лица, жилища и т. п., не устраняетъ необходимости опредѣленія проявленія и границъ каждаго изъ этихъ правъ въ отдѣльности и въ спеціальныхъ законахъ гражданскихъ и уголовныхъ.

своихъ весьма подробныхъ постановленіяхъ (ст. 101—103) объ оборонѣ къ системѣ нашего стараго права; уставъ о наказаніяхъ упоминаетъ объ оборонѣ въ ст. 10, въ числѣ условій, устраняющихъ вмѣненіе, но не даетъ ей никакого опредѣленія, такъ что въ этомъ отношеніи мировой судья долженъ руководствоваться уложеніемъ; а проектъ уголовнаго уложенія повторяетъ постановленія дѣйствующаго уложенія только въ сжатой формѣ, съ нѣкоторыми редакціонными измѣненіями: «не почитается преступнымъ дѣяніе, учиненное при необходимой оборонѣ противъ незаконнаго посягательства на личныя или имущественныя блага самого защищавшагося или другаго лица».

428. Обращаясь къ анализу условій обороны, мы должны отдѣлить два ея момента: нападеніе, создающее опасность, и защиту, устраняющую опасность. Я начну съ перваго момента.

Причиною опасности, грозящей правоохраненнымъ интересамъ, могутъ быть прежде всего силы природы или животное. Въ жизни мы принимаемъ различныя мѣры для защиты себя отъ опасностей этого рода: мы ограждаемся плотиною отъ наводненія, брандмауерами отъ пожаровъ; въ тѣхъ случаяхъ, когда нападающимъ является животное, домашнее или дикое, которое, защищаясь, мы можемъ убить, искалѣчить, наша защита получаетъ внѣшнюю форму обороны; но такъ какъ наши отношенія къ животнымъ, съ точки зрѣнія уголовнаго права, не имѣютъ юридическаго значенія, то и охранительныя дѣйствія противъ нихъ, сами по себѣ взятыя, должны быть исключены изъ института обороны въ тѣсномъ смыслѣ. Но вопросъ измѣняется, если дѣйствія защищавшагося нарушаютъ чьи либо имущественныя права: если, защищаясь противъ быка или собаки, я причиняю имъ увѣчье, и тѣмъ причиняю вредъ ихъ владѣльцу, то могу ли я сослаться въ этихъ случаяхъ, при предъявленіи ко мнѣ обвиненія въ истребленіи чужаго имущества или при требованіи вознагражденія за убытокъ, на то, что я находился въ состояніи обороны? Я полагаю, что—да, и притомъ не только въ томъ случаѣ, когда это животное было натравлено или науськано на меня кѣмъ либо, такъ что является простымъ орудіемъ въ рукахъ нападающаго на меня человѣка, но и тогда, когда животное напало по собствен-

ной инициативѣ. Охранительныя мѣры противъ нападающаго животнаго со стороны объективной и частью субъективной несомнѣнно остаются обороною и только не имѣютъ юридическаго значенія, не затрогивая область права; поэтому онѣ пріобрѣтаютъ таковое, какъ скоро причиненное животному поврежденіе нарушаетъ чьи либо права (¹).

429. Если нападеніе происходитъ отъ лица, то для понятія обороны безразлично было ли это лицо дѣеспособно или нѣтъ. Нападеніе на насъ сумасшедшаго или ребенка, или безчувственно пьянаго, вредъ, грозящій намъ отъ случайныхъ дѣйствій кого либо, несомнѣнно могутъ вызвать съ нашей стороны охрану нашихъ благъ и притомъ иногда такую, которая заключаетъ въ себѣ насиліе противъ нападающаго, уничтоженіе или разрушеніе ихъ правъ, и такъ какъ таковая охрана возникаетъ между людьми, то она несомнѣнно подходитъ подъ юридическое понятіе обороны. При этомъ безразлично, зналъ ли оборонявшійся о недѣеспособности нападающаго или нѣтъ. Сторожъ при домѣ умалишенныхъ, котораго душитъ находящійся въ этомъ домѣ больной, несомнѣнно имѣетъ право обороны. Указаніе на то, что отражаемое дѣяніе не преступно, а потому и оборона противъ него не правомѣрна, съ одной стороны не точно, такъ какъ это нападеніе только не вмѣняемо нападающему въ вину, хотя по условіямъ его совершенія и преступно, а съ другой, оборона сохраняетъ свой правомѣрный характеръ, какъ скоро нападеніе не было дозволено закономъ, хотя бы оно само по себѣ и не было наказуемо (²).

(¹) Ср. Levita, стр. 186; Binding, Handbuch, стр. 736; многіе криминалисты относятъ, однако, эти случаи къ крайней необходимости; это послѣднее мнѣніе было высказано и мною въ курсѣ, I, № 133; но внимательное разсмотрѣніе природы этихъ отношеній заставило меня отказаться отъ прежняго взгляда.

(²) Впрочемъ, изъ германскихъ криминалистовъ многіе видятъ здѣсь крайнюю необходимость, какъ Martin, Berner, Schütze, Hälschner, H. Meyer, Geyer, Janka—стр. 33—39; Stammler и др., хотя трудно сказать, что здѣсь вредъ причиняется третьимъ лицамъ. За это же мнѣніе высказывается Н. Сергѣевскій, пособія, стр. 325, хотя именно по нашему праву такое толкованіе приведетъ къ выводамъ безусловно практически несостоятельнымъ, такъ какъ крайняя необходимость оправдываетъ только защиту собственной жизни. Что же дѣлать лицу, котораго умалишенный пытается избить, изнасиловать? Что будетъ дѣлать кто либо, въ присутствіи коего умалишенный бросился на другое лицо, на ребенка?

430. Обычною формою обороны является, конечно, защита противъ нападенія лица вмѣняемаго. При этомъ безразлично, было ли нападеніе умышленно, или являлось послѣдствіемъ неосторожности; осуществлялъ ли нападающій личныя, эгоистическія цѣли или дѣйствовалъ вообще изъ какихъ либо иныхъ побужденій, было ли нападеніе, если бы оно осуществилось, наказуемымъ дѣяніемъ или нѣтъ. Безразлично, была ли угрожающая опасность безусловна или условна, т. е. являлась послѣдствіемъ неисполненія какого либо обращеннаго къ оборонявшемуся противозаконнаго требованія, предполагая, конечно, наличность другихъ условій обороны (¹).

Но во всякомъ случаѣ оборона допускаема только противъ нападенія, не основывающагося на законѣ или правѣ, или, какъ говоритъ проектъ, «противъ незаконнаго посягательства». Оборона не можетъ служить оправданіемъ, какъ скоро уступка права была обязательна. Съ точки зрѣнія индивидуума всякое благо неприкосновенно; но въ обществѣ и государствѣ, въ интересахъ сосуществованія, ради тѣхъ выгодъ, которыя доставляетъ организованная общественная жизнь, каждому гражданину приходится, добровольно или по необходимости, поступаться своими благами, начиная отъ ничтожныхъ имущественныхъ и кончая жизнью. Одни изъ этихъ ограниченій вытекаютъ изъ самой природы общежитія, другія зависятъ отъ особенностей государственной организаціи, отъ подавленности и ограниченности отдѣльной личности въ интересахъ ли господствующихъ классовъ или въ интересахъ государственной власти. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ защита блага или права противу лица, требующаго законно его уступки, будетъ составлять не правомѣрное, а преступное дѣяніе; на этомъ основаніи не допустима, напр., оборона противъ обороны. Разбойникъ,

---

Въ защиту взгляда, высказаннаго въ текстѣ: Levita, стр. 185; Wessely, стр. 56; Liszt, § 34; Binding, Handbuch, стр. 739; его соображенія, впрочемъ, имѣютъ преимущественно въ виду непримѣнимость къ случаямъ этого рода постановленій германскаго кодекса о крайней необходимости; F. Hèlié, IV, № 1339; Garraud, № 158; Кони, стр. 22 и сл.; Кистяковскій, курсъ, № 219. Wächter, Sächsisches Strafrecht, стр. 314, пр. 3, разсматриваетъ эти случаи, какъ особый видъ самопомощи.

(¹) Ср. въ особенности Binding, Handbuch, стр. 738.

убившій свою жертву, не можетъ ссылаться въ свое оправданіе, что убилъ, встрѣтивъ сопротивленіе со стороны хозяина имущества, встрѣтивъ оборону.

Но «вынужденность нападенія» не должна быть смѣшиваема «съ заслуженностью нападенія», которая прежде ставилась условіемъ обороны многими теоретиками. Если я раздразнилъ когонибудь, возбудилъ противъ себя, то мой поступокъ можетъ служить извиненіемъ послѣдняго, но не дѣлаетъ меня безправымъ по отношенію къ нему ([1]).

Поэтому, отрицая право обороны противъ обороны, мы должны однако признать таковое право по отношенію къ превышенію предѣловъ обороны: воръ, захваченный на мѣстѣ кражи, не можетъ юридически обороняться противъ дѣйствій, направленныхъ на отнятіе у него вещи или на его заарестованіе; но онъ можетъ защищаться противъ побоевъ, наносимыхъ ему въ отместку за кражу; лицо, нанесшее другому тяжкое оскорбленіе, тѣмъ не менѣе можетъ защищаться противъ направленнаго на него оскорбленнымъ удара; жена и ея любовникъ, захваченные in flagranti мужемъ, могутъ, тѣмъ не менѣе, защищаться противъ его ударовъ и притомъ даже въ томъ случаѣ, когда мѣстное законодательство, какъ, напр., кодексъ французскій, признаетъ убійство, учиненное мужемъ при такихъ обстоятельствахъ, извиняемымъ ([2]).

Нѣкоторыя сомнѣнія въ этомъ отношеніи могутъ возникнуть въ случаяхъ обороны противу дѣяній, хотя и непреступныхъ, но и неправомѣрныхъ, напр., въ случаѣ возбужденія къ нападенію ребенка, умалишеннаго, животнаго: человѣкъ раздразнилъ завѣдомо умалишеннаго и затѣмъ убилъ его, защищаясь отъ его нападенія, или убилъ чужую собаку, имъ же завѣдомо спущенную съ цѣпи и бросившуюся на него. Въ подобныхъ случаяхъ казалось бы вполнѣ возможно допустить отвѣтственность, конечно не за умышленное, а за неосторожное лишеніе жизни, поврежденіе имущества и т. д.

([1]) Незаслуженность нападенія ставили условіемъ обороны: Böhmer, Quistorp, Grollmann, Feuerbach, § 38, Geyer; contra—Wächter, Köstlin, Levita, Hälschner, Liszt.

([2]) Ср. F. Hélie, IV, № 1345.

Болѣе спорнымъ въ доктринѣ является вопросъ объ оборонѣ противу лицъ, находящихся въ состояніи крайней необходимости, хотя, по моему мнѣнію, и въ этомъ случаѣ отвѣтъ долженъ быть утвердительный (1). Если кто либо, спасаясь отъ наносимыхъ ему ударовъ, пытается схватить кого нибудь и подставить вмѣсто себя подъ удары, то несомнѣнно, что то лицо, противъ котораго дѣлается подобная попытка, имѣетъ право обороны; лицо, находящееся въ состояніи голодной нужды, можетъ безнаказанно украсть что либо съѣстное, но можно ли отсюда сдѣлать такой выводъ, чтобы владѣлецъ съѣстнаго юридически былъ бы лишенъ права охраны своей собственности отъ похитителя?

Далѣе, оборона теряетъ свое юридическое значеніе, какъ скоро нападеніе было вызвано обороняющимся въ видахъ устраненія отвѣтственности за исполненіе задуманнаго имъ преступнаго дѣянія: если кто либо, задумавъ убійство, привелъ свою жертву въ состояніе раздраженія, выразившееся въ насильственномъ нападеніи на вызвавшаго, а затѣмъ, подъ видомъ обороны, осуществилъ свой преступный умыселъ, то онъ долженъ отвѣчать за убійство; въ этомъ случаѣ свойства воли парализуютъ объективное значеніе обороны (2).

Наконецъ, оборона не служитъ оправданіемъ, если ограниченіе или лишеніе обороняющагося какихъ либо правъ было выполненіемъ требованій закона или обязательнаго приказа, или осуществленіемъ дисциплинарной власти, или даже дозволеннымъ закономъ осуществленіемъ частнаго права. Поэтому, ссылка на оборону не можетъ имѣть юридическаго значенія, какъ скоро, напр., защита была употреблена противъ судебнаго пристава, описывающаго имущество, или исполняющаго приказаніе предсѣдателя суда объ очисткѣ зала засѣданія; противъ полицейскаго, отводящаго забушевавшаго въ участокъ; противъ хозяина луга, задержавшаго скотъ, захваченный на потравѣ и т. д.

---

(1) Противоположное мнѣніе защищаютъ: Köstlin, Levita, Wessely, и вообще всѣ тѣ, которые признаютъ наличность такъ называемаго «права необходимости». Ср. Hälschner, Strafrecht, № 195; Janka, стр. 254.

(2) Ср. Binding, Normen, II, стр. 204. Contra, Hälschner, Strafrecht, § 191, пр. 2.

431. Если оборона юридически не допустима противу дѣйствій правомѣрныхъ, то не слѣдуетъ ли отсюда, что она вообще не допустима противъ дѣйствій органовъ власти?

Въ оффиціальныхъ мотивахъ къ баварскому уложенію 1813 г. отвѣтъ на это давался утвердительный: всякій, говорилось тамъ, можетъ безнаказанно не исполнять незаконный приказъ власти, но фактическое сопротивленіе такому распоряженію не можетъ быть оправдано. Въ кодексахъ виртембергскомъ и баденскомъ признавали наказуемымъ, хотя и въ меньшей степени, сопротивленія и незакономѣрнымъ распоряженіямъ власти; въ первоначальныхъ проектахъ германскаго уложенія, относительно наказуемости сопротивленія дѣйствіямъ органовъ власти, также не содержалось условія закономѣрности этихъ дѣйствій; но это условіе было внесено въ окончательную редакцію закона и право обороны противъ незаконныхъ дѣйствій власти весьма широко признается какъ комментаторами, такъ и Reichsgericht'омъ.

Французскій кодексъ въ своихъ постановленіяхъ о сопротивленіи власти не содержитъ никакихъ прямыхъ указаній по этому вопросу и онъ считается весьма спорнымъ во французской практикѣ (1) и доктринѣ. Низшія судебныя мѣста постоянно и настойчиво развивали юридическую допустимость обороны противъ незаконныхъ дѣйствій власти; напротивъ того кассаціонный судъ въ рядѣ рѣшеній защищалъ противоположное воззрѣніе, признавая возстаніемъ всякое насильственное сопротивленіе должностнымъ лицамъ, исполняющимъ законъ или законное распоряженіе власти, и притомъ безотносительно къ правильности или неправильности этихъ дѣйствій, такъ какъ частное лицо не имѣетъ права быть судьею дѣйствій должностныхъ лицъ, а неправильность этихъ дѣйствій можетъ только служить основаніемъ ихъ обжалованія (2).

---

(1) Подробныя указанія французской практики приведены въ комментаріи Dalloz, подъ ст. 209.

(2) Ср. Blanche, IV, № 46; въ особенности подробно была развита эта доктрина еще въ рѣшеніи 22 Августа 1827 г., и позднѣе—въ рѣшеніи 27 Августа 1867 г. Разборъ этой практики у F. Hélie, Théorie, III, № 819 и сл.; за допустимость обороны противъ органовъ власти высказывается большинство новыхъ французскихъ криминалистовъ—Ортоланъ, Гарро, Лене, Требюсьенъ.

432. Въ доктринѣ представителемъ ученія о недопустимости обороны противъ дѣйствій органовъ власти является Ягеманнъ (1), опирающійся главнымъ образомъ на тотъ аргументъ: «что при защитѣ противоположной теоріи придется допустить оборону противъ высшихъ сановниковъ и даже противъ высшей власти; придется проложить дорогу къ законной революціи»; что такъ какъ должностное лицо отвѣчаетъ за всякое превышеніе власти, то граждане, пострадавшіе отъ его незаконныхъ дѣйствій, всегда могутъ привлечь его къ отвѣтственности предъ компетентнымъ лицомъ и такимъ образомъ получить удовлетвореніе.

Но это ученіе, жертвующее интересамъ власти отдѣльную личность, со всѣми ея правами и благами, при его послѣдовательномъ проведеніи возбуждаетъ значительныя сомнѣнія.

Съ одной стороны, даже въ монархіяхъ неограниченныхъ общая воля персонифицируется только въ лицѣ самодержца, а не въ органахъ, ему подчиненныхъ, какъ бы высоко они ни стояли на служебной лѣстницѣ; мы не можемъ себѣ представить такой органъ власти, котораго всякое дѣйствіе всегда и безусловно было бы правомѣрно, а потому и исключало бы право обороны. Съ другой стороны, не удовлетворительно и указаніе на замѣну права обороны правомъ обжалованія дѣйствій власти. Правильно функціонирующій государственный организмъ, охраняя права и интересы гражданъ, долженъ дѣйствительно предоставить каждому, во 1-хъ, право обжалованія въ установленномъ порядкѣ постановленій, опредѣленій или распоряженій, стѣсняющихъ его права или налагающихъ на него какія либо обязанности; во 2-хъ, право жалобы

---

(1) Jagemann, über das Verbrechen der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt, Archiv, 1842 и 1843 гг.; почти то же повторяетъ Luden, Abhandlungen, стр. 491. Разборъ этой теоріи у H. Zachariä, über Strafbarkeit der Widersetzlichkeit gegen öffentliche Beamten, Archiv, 1843 г.; K. Hiller, die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Begriffe der Widersetzlichkeit, 1873 г., стр. 13—23. Изъ нашихъ писателей противъ права активной обороны высказывается А. Градовскій, въ статьѣ: законъ и административное распоряженіе, въ сборн. гос. знаній, I, стр. 10; подробный разборъ теоріи о наказуемости активнаго противодѣйствія власти сдѣланъ въ статьѣ г. Куплеваскаго, о предѣлахъ повиновенія незаконнымъ распоряженіямъ и дѣйствіямъ должностныхъ лицъ, въ юрид. вѣстн. 1886 г., Сентябрь; въ статьѣ приведены подробныя литературныя указанія, IV, № 46

въ порядкѣ судебномъ на тотъ вредъ, который ему былъ дѣйствительно причиненъ; но этихъ двухъ способовъ контроля и регулированія дѣйствій органовъ власти оказывается очень часто не достаточно, какъ скоро предъявленное кому либо требованіе должно было быть исполнено немедленно, и въ тоже время заключало прямое ограниченіе какихъ либо правъ или лишеніе извѣстнаго блага. Въ этомъ случаѣ, какъ признаютъ уже безспорно всѣ современные кодексы, приходится расширить гарантіи личности, признавъ за отдѣльными лицами право на такъ называемое пассивное сопротивленіе, т. е. признавая не наказуемымъ неисполненіе состоявшихся постановленій или сдѣланныхъ властью распоряженій, какъ скоро таковыя окажутся незаконными; но очевидно, что по тѣмъ же соображеніямъ надо признать и право активнаго сопротивленія, какъ скоро необходимость таковаго вытекаетъ изъ условій требованія и свойства охраняемаго блага или права. Нельзя насилуемую женщину или убиваемаго утѣшать тѣмъ, что они могутъ обжаловать дѣйствія виновнаго предъ компетентною властью и такимъ образомъ получать удовлетвореніе; точно также, очевидно, что въ этихъ случаяхъ нельзя довольствоваться и предоставленіемъ права пассивнаго сопротивленія (¹).

433. Такимъ образомъ, вопросъ о правѣ обороны противъ дѣйствій органовъ власти въ принципѣ рѣшается утвердительно: оборона не допустима только противу закономѣрныхъ дѣйствій органовъ власти, но несомнѣнно, что вся практическая трудность сводится къ установленію признаковъ закономѣрности этихъ дѣй-

---

(¹) Köstlin, Neue Revision, стр. 724, замѣчаетъ: несомнѣнно, что для органовъ исполнительной власти неудобно признаніе за гражданами права сопротивляться нарушенію своихъ правъ; но это начало является необходимымъ результатомъ признанія принципа гражданской свободы, а опытъ указываетъ, что тамъ, гдѣ оно дѣйствительно осуществляется, результаты его блестящи: гражданская свобода есть лучшая охрана закона. Нельзя также не имѣть въ виду, что прямой интересъ нормально организованнаго государства заключается въ развитіи у гражданъ сознанія неприкосновенности ихъ правъ, готовности защищать ихъ всѣми своими силами; что достоинство государственной власти заставляетъ необходимо предполагать, что оно отказывается отъ всякой солидарности съ своими органами, какъ скоро эти органы дѣйствуютъ незаконно.

ствій и зависящихъ отъ того условій права активнаго сопротивленія, такъ какъ нельзя допустить, чтобы оцѣнка закономѣрности дѣйствій органовъ власти была предоставлена вполнѣ каждому отдѣльному лицу въ моментъ исполненія этихъ требованій.

Конечно, изложеніе ученія о закономѣрности служебныхъ дѣйствій относится къ области государственнаго права, но главныя его положенія должны быть указаны и въ ученіи объ оборонѣ, имѣя при этомъ въ виду, что здѣсь идетъ рѣчь не объ оцѣнкѣ дѣйствій органовъ власти, а объ юридическомъ значеніи оказаннаго имъ сопротивленія, о наказуемости или безнаказанности акта обороны.

Такимъ образомъ, оборона юридически допустима: во 1-хъ, если органъ власти дѣйствуетъ внѣ сферы своей служебной, предметной или мѣстной компетентности, является, такъ сказать, частнымъ лицомъ; во 2-хъ, когда органъ власти, дѣйствуя въ предѣлахъ своей компетентности, совершаетъ актъ, допускаемый только при соблюденіи извѣстныхъ формъ и обрядовъ. Къ числу такихъ формальностей относятся и формальности, удостовѣряющія въ служебномъ характерѣ лица, предполагая, что это обстоятельство неизвѣстно обороняющемуся; такимъ удостовѣреніемъ можетъ быть присутствіе мѣстныхъ органовъ власти, понятыхъ, офиціальный костюмъ, представленіе уполномочія или приказа и т. д.; въ 3-хъ, если органъ власти, дѣйствуя въ предѣлахъ своей компетентности, принимаетъ такія мѣры, на которыя онъ не только не уполномоченъ, но которыя составляютъ преступное посягательство на блага частныхъ лицъ: если городовой пытается вытащить деньги или часы у проходящаго, слѣдователь намѣревается употребить пытку для полученія сознанія: оборона противъ ихъ дѣйствій представляется вполнѣ дозволенною.

Всѣ эти условія допустимости обороны противъ дѣйствій органовъ власти предполагаютъ формальную незакономѣрность дѣйствій органовъ власти, безотносительно къ ихъ матеріальной справедливости; основательность или неосновательность дѣйствій органа власти не можетъ имѣть, по общему правилу, никакого значенія для права обороны. Никто не можетъ сопротивляться приведенію въ исполненіе законно постановленнаго приговора суда, хотя бы и считалъ приговоръ несправедливымъ; никто не

можетъ воспротивиться производству обыска или арестованію, если они дѣлаются компетентнымъ лицомъ, съ соблюденіемъ установленныхъ формъ, хотя бы обыскиваемый или арестуемый считалъ эти дѣйствія не имѣющими основаній. Право обороны уступаетъ въ этомъ случаѣ праву обжалованія незаконныхъ дѣйствій органовъ власти. Сомнѣніе можетъ возбудить лишь тотъ случай, когда полная неосновательность дѣйствія, завѣдомо для обороняющагося, несомнѣнна и для самаго органа власти; когда, напр., арестуемый или обыскиваемый хорошо знаетъ, что слѣдователь дѣлаетъ это безъ всякаго повода, въ насмѣшку, изъ самодурства. Можно ли обороняться противъ такихъ дѣйствій? Нѣкоторые криминалисты, какъ, напр., Биндингъ (стр. 742), при подобныхъ условіяхъ не безъ основанія допускаютъ право обороны, такъ какъ при этихъ условіяхъ дѣйствія органа власти представляются защищающемуся явно противозаконными и тѣмъ оправдываютъ оборону.

434. Дѣйствующее уложеніе въ статьяхъ 101—103 не упоминаетъ особо объ этомъ условіи, но я полагаю, что приведенныя выше разъясненія примѣнимы и къ нему, что подтверждается, во 1-хъ, общимъ смысломъ статьи 101, говорящей объ оборонѣ отъ преступнаго посягательства на какое либо благо, безотносительно къ тому, отъ кого происходитъ опасность; во 2-хъ, постановленіями нашихъ законовъ уголовныхъ о сопротивленіи и неповиновеніи властямъ, въ коихъ для наказуемости сопротивленія безусловно требуется законность распоряженій или приказаній власти; въ 3-хъ, указаніями статьи 71 воинскаго устава о наказаніяхъ, въ которой сказано, что хотя общія правила о необходимой оборонѣ и не примѣняются тамъ, гдѣ между нападающимъ и защищающимся существуютъ служебныя отношенія, но однако и при этихъ отношеніяхъ оборона все таки возможна, какъ скоро противозаконное нападеніе угрожаетъ явною опасностью, а защита ограничивается мѣрами, необходимыми для личнаго самосохраненія, а подобное указаніе закона спеціальнаго, по общимъ началамъ толкованія, даетъ право сказать, что по общимъ уголовнымъ законамъ оборона противъ дѣйствій органа власти или даже противъ начальника юридически допустима, какъ скоро эти дѣйствія были незаконны.

Проектъ также не упоминаетъ особо объ этомъ условіи, но объяснительная записка указываетъ, что такъ какъ для обороны требуется только незаконность нападенія, безотносительно къ лицу нападающему, то оборона возможна и противъ незаконныхъ дѣйствій органа власти.

435. Другимъ характеристическимъ признакомъ нападенія, создающаго право обороны, является наличность или дѣйствительность опасности, благодаря коему оборона становится необходимою и притомъ именно въ данное время, въ данномъ мѣстѣ и при данныхъ условіяхъ.

Съ этой стороны прежде всего предполагается, что намѣреніе нападающаго посягнуть на благо защищающагося выразилось въ чемъ либо опредѣленномъ. Установленіе наличности такого условія можетъ быть сдѣлано сообразно съ обстоятельствами даннаго дѣла, съ жизненнымъ значеніемъ нападенія, съ его опасностью. Всѣ попытки, встрѣчавшіяся въ прежней доктринѣ, особенно нѣмецкой, установить юридически опредѣленный моментъ, съ коего начинается право обороны, оказались несостоятельными, такъ какъ, напр., приготовительныя дѣйствія встрѣчаются не при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, а допустить оборону только послѣ начала покушенія—значило бы сдѣлать очень часто защиту невозможною (¹). Для обороны нерѣдко вполнѣ достаточно угрозы нападеніемъ, предполагая, что такою угрозою заявляется о болѣе или менѣе близкомъ приступѣ къ дѣйствію, а не одно только указаніе на зло будущее, отдаленное. Послѣдняя угроза, по справедливому замѣчанію Гельшнера (№ 190), можетъ быть или основаніемъ доноса, или, смотря по свойству угрозы, поводомъ къ гражданскому иску, къ provocatio ad agendum, или, если собственная охрана предполагается недостаточною,—поводомъ къ

(¹) Весьма характерно выражалъ это воинскій уставъ Петра Великаго, въ толкованіи на артикулъ 157: «не долженъ есть себѣ отъ соперника перваго удара ожидать, ибо чрезъ такой первый ударъ можетъ тако причиниться, что и противится весьма забудетъ». Также и римское право говорило: melius enim est occurrere in tempore, quam post exitum vendicare.

просьбѣ полиціи о принятіи мѣръ охраны, но не можетъ оправдать непосредственнаго насилія угрожающему (1).

Интереснымъ представляется въ этомъ отношеніи вопросъ, поднятый въ нѣмецкой литературѣ Беккеромъ (2), о томъ, подходятъ ли подъ понятіе оборонительныхъ дѣйствій мѣры, принимаемыя собственникомъ или владѣльцемъ дома, сада, лодки и т. п., для огражденія ихъ отъ похищенія или истребленія? Хозяинъ сада разставилъ въ саду капканы и самострѣлы, спустилъ на ночь собакъ, а затѣмъ оказалось, что въ капканъ или подъ самострѣлы попались воры, обивавшіе яблоки въ саду, что собаки искусали человѣка, перелѣзшаго черезъ заборъ, и т. п.; аналогичными будутъ случаи, иногда встрѣчающіеся у насъ, причиненія пораненія или вреда гвоздями или стеклами, набитыми на заборахъ, на задкахъ кареты и т. д.; можетъ ли лицо, устроившее такія приспособленія, сослаться въ свое оправданіе на право обороны? Большинство новѣйшихъ криминалистовъ (3) разрѣшаетъ этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ, выходя изъ того положенія, что такъ какъ вредъ причиняется въ моментъ самаго нападенія, то это и будетъ актомъ обороны противъ конкретнаго, реально существую-

---

(1) Такъ и сенатъ, по дѣлу Липатова ($^{77}/_{172}$), нашелъ, что убійство вора, захваченнаго въ сараѣ, когда онъ готовился похитить лошадей, но прежде, чѣмъ онъ оказалъ какое либо сопротивленіе, не подходитъ подъ понятіе обороны. Съ другой стороны, въ рѣшеніи по дѣлу Гофмейстера ($^{75}/_{104}$) сенатъ указалъ, что насильственное дѣйствіе, учиненное по минованіи опасности, можетъ быть признано обороною, если судъ найдетъ, что опасность могла возобновиться.

(2) См. Bekker, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, 1859 г., стр. 604; Böhlau, occidere, vel causam mortis praestare, G. A. XIII, стр. 472; Bar, die Lehre vom Causalzusammenhange, 1871 г., § 10; Buri, Causalität, 1873 г., стр. 94; Sommerlad, die Strafbarkeit von Vorsichtsmassregeln, 1883. Его же, über die Ausübung des Nothwehrrechtes durch Veranstaltung von Schutzwehrvorrichtungen, въ Gerichtssaal 1887 г.; Н. Сергѣевскій, о причинной связи, 1880 г., I, стр. 140 и сл.

(3) Buri, Schwarze, Hälschner, Sommerlad, H. Meyer, Liszt, Binding; обстоятельные доводы въ защиту этого мнѣнія приведены у Н. Сергѣевскаго, причинная связь, стр. 149. Напротивъ того, Беккеръ, Белау, Баръ не признаютъ въ этихъ случаяхъ обороны, а выводятъ безнаказанность изъ отсутствія причинной связи, или считаютъ такую дѣятельность дозволеннымъ осуществленіемъ частнаго права; послѣднее мнѣніе было защищаемо и мною въ курсѣ, I, № 144. Ср. разборъ такого мнѣнія и вообще подробное историческое изложеніе вопроса въ статьѣ Sommerlad'a въ Gerichtssaal, 1887 г.

щаго нападенія; то же обстоятельство, что эти мѣры были приготовлены заранѣе, не имѣетъ существеннаго значенія, такъ какъ, напр., всякій можетъ обороняться, стрѣляя изъ давно заряженнаго пистолета; также не существенно въ этихъ случаяхъ и то обстоятельство, что обороняющійся не имѣлъ непосредственнаго столкновенія съ нападающимъ, даже не былъ на мѣстѣ нападенія. Для тѣхъ случаевъ, когда пострадавшимъ было лицо, дѣйствительно посягавшее на охраненную собственность, такое рѣшеніе не встрѣтитъ возраженій при практическомъ его примѣненіи; но оно окажется неточнымъ, какъ скоро пострадавшій не имѣлъ никакихъ преступныхъ помысловъ противъ собственника или владѣльца; придется тогда говорить о мнимой оборонѣ, объ ошибкѣ въ объектѣ обороны, объ отвѣтственности за устройство охранительныхъ мѣръ, воспрещенныхъ закономъ или законнымъ распоряженіемъ власти; наконецъ, весьма часто встрѣтится въ случаяхъ этого рода превышеніе предѣловъ обороны, употребленіе чрезмѣрной защиты и т. д.

437. Право обороны, какъ предупрежденіе грозящей опасности, прекращается при двухъ условіяхъ:

1) Когда прекратилось самое нападеніе, безотносительно къ причинамъ прекращенія: отказался ли самъ нападающій отъ задуманнаго имъ посягательства, былъ ли онъ схваченъ или остановленъ другими,—нападенія въ этотъ моментъ уже нѣтъ и оборона юридически не допустима. Но, конечно, оборона имѣетъ основаніе, если нападающій только пріостановилъ, но не прекратилъ нападенія, такъ что опасность можетъ немедленно возобновиться (1).

2) Когда нападеніе дѣйствительно реализировалось и преступное дѣяніе уже окончилось, причемъ моментомъ окончанія нужно считать не моментъ юридическаго совершенія дѣянія, а дѣйствительную утрату защищаемаго блага. Поэтому, напр., при имущественныхъ посягательствахъ оборона оканчивается не съ момента завладѣнія вещью похитителемъ, а со времени дѣй-

---

(1) Ср. рѣшенія уголовнаго кассаціоннаго департамента по дѣламъ Шмидта ($^{70}/_{486}$) и Гофмейстера ($^{75}/_{104}$).

ствительнаго прекращенія владѣнія ею со стороны пострадавшаго; если воръ былъ захваченъ съ вещью и не возвращаетъ ее добровольно, то насиліе, употребленное противъ него для отнятія украденнаго, входитъ въ понятіе обороны, при чемъ безразлично, былъ ли воръ захваченъ на самомъ мѣстѣ похищенія, или его немедленно догнали съ захваченнымъ.

Болѣе спорнымъ представляется вопросъ о юридическомъ значеніи мѣръ, принятыхъ для удержанія вора, бѣжавшаго съ покраденнымъ, напр., о значеніи выстрѣла въ догонку, такъ какъ подъ такою формою нерѣдко могутъ скрываться случаи мести, а не обороны; тѣмъ не менѣе несомнѣнно, что если выстрѣлъ былъ сдѣланъ для удержанія вора и возвращенія вещи, то это дѣйствіе ничѣмъ не отличается отъ насилія надъ воромъ, захваченнымъ на мѣстѣ кражи. Защита имущества до тѣхъ поръ будетъ сохранять характеръ обороны, пока есть надежда немедленно возстановить нарушенное владѣніе; по справедливому замѣчанію Лефита, насиліе надъ воромъ тогда только дѣлается самоуправствомъ, когда между актомъ противозаконнаго отнятія и возстановленіемъ права нѣтъ никакой непрерывности.

При тѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, при коихъ фактическая утрата блага совпадаетъ съ моментомъ совершенія преступнаго дѣйствія, оборона не мыслима: ударъ, нанесенный обидчику, будетъ отплатою, а не обороною. Но условія измѣняются, какъ скоро, по своей внѣшней формѣ, отражаемое дѣяніе получаетъ характеръ длящагося или продолжающагося. Поэтому насильственныя дѣйствія противъ оскорбителя, разразившагося цѣлымъ потокомъ брани, направленныя на прекращеніе дальнѣйшихъ оскорбленій, будутъ обороною; охрана личной свободы допустима не только противъ лица, пытающагося запереть кого либо въ комнатѣ, но и противъ того, кто, закрывъ дверь, отказывается выпустить задержаннаго; при этомъ такое насиліе подойдетъ подъ понятіе обороны, хотя бы защищающійся замѣтилъ, что онъ лишенъ свободы уже послѣ того, какъ двери были заперты.

Это условіе признается и нашимъ правомъ. Уложеніе въ ст. 101 говоритъ, что оборона допускается и въ томъ случаѣ, когда застигнутый при похищеніи какого либо имущества преступникъ не прекратитъ, по требованію хозяина, начатаго имъ похищенія. Изъ

смысла закона легко можно видѣть, что въ законѣ употреблено слово «начатое» вовсе не въ томъ смыслѣ, что оборона допускается только противъ покушенія на кражу: хозяинъ можетъ потребовать отъ вора возвращенія не только тѣхъ вещей, которыя воръ снималъ со стѣны и вынималъ изъ комода въ тотъ моментъ, когда его захватили, но и тѣхъ, которыя онъ уже положилъ въ карманъ; но право обороны, по уложенію, не распространяется на случаи нанесенія поврежденій бѣжавшему похитителю, такъ какъ ст. 100 не даетъ права обороны противъ нападенія на одно имущественное право, безъ посягательства на личность владѣльца. Съ другой стороны, уложеніе относитъ къ оборонѣ и тѣ насильственныя мѣры, которыя употребляетъ владѣлецъ нарушеннаго права противъ вора, сопротивляющагося задержанію, хотя очевидно, что насильственное задержаніе вора, возвратившаго украденное, но пытающагося скрыться отъ суда, не можетъ входить въ понятіе обороны противъ грозящей опасности.

438. Сообразно только что установленнымъ границамъ обороны, возстановленіе уже нарушеннаго права будетъ самоуправствомъ, а причиненіе вреда преступнику, какъ бы въ видѣ отмщенія за совершенное преступное дѣяніе,—частной местью. По отношенію къ мести грань лежитъ въ цѣли насильственныхъ дѣйствій: при оборонѣ—насиліе употребляется для сохраненія за собой какого либо еще не утраченнаго блага; при мести—причиненіе страданія въ отплату за отнятое благо, за понесенный вредъ. Труднѣе провести границу между обороною и самоуправствомъ, такъ какъ ими осуществляется сходная задача: оборона направлена къ сохраненію нарушаемаго, а самоуправство—къ возстановленію нарушеннаго права, дѣйствительнаго или предполагаемаго; понятія же сохраненія и возстановленія права тѣсно примыкаютъ другъ къ другу. Единственною разграничительною чертою, казалось бы, можно принять сравнительную близость по времени нарушенія права и акта, возстановляющаго права; при оборонѣ возстановленіе слѣдуетъ немедленно за актомъ незаконнаго посягательства, а при самоуправствѣ предполагается, что похититель въ теченіи нѣкотораго времени спокойно обладалъ незаконно пріобрѣтеннымъ благомъ.

*

439. Какъ было указано, оборона предполагаетъ не только своевременность и, слѣдовательно, необходимость защиты въ данный моментъ, но и необходимость таковой по мѣсту и условіямъ нападенія. Такъ какъ оборона заключаетъ въ себѣ стѣсненіе правъ или поврежденіе нападающаго, доходящее до лишенія его жизни, то понятно, что такое оборонительное насиліе допустимо только тогда, когда опасность не могла быть устранима ненасильственно. Установленіе же наличности этого условія можетъ быть дѣлаемо только въ виду обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго дѣла и всякія попытки опредѣленія его признаковъ a priori, дѣлаемыя законодательствами и доктриною, оказывались несостоятельными.

440. Исторія необходимой обороны представляетъ въ этомъ отношеніи много поучительнаго. Такъ, долгое время ставилось условіемъ допустимости обороны — возможность бѣгства (1), и притомъ или безусловно или съ извѣстными ограниченіями. Но въ первомъ случаѣ право обороны теряетъ всякое практическое значеніе, такъ какъ весьма рѣдко обороняющійся бываетъ поставленъ въ такое положеніе, въ коемъ для него не существуетъ даже возможности бѣгства; а между тѣмъ, такое требованіе противорѣчитъ самому понятію о правомѣрности обороны и естественно повлечетъ постоянный обходъ закона, сдѣлаетъ его мертвымъ: можно ли представить себѣ, чтобы всякій, на кого замахнулся другой, тотчасъ же безропотно бѣжалъ въ сторону? Что же касается требованія условной возможности бѣгства, съ извѣстными ограниченіями, то эти ограниченія выражались двояко: или требовалось, чтобы уклоненіе отъ опасности, бѣгство, было безопасно, или, чтобы оно, кромѣ того, было и непозорно. Но ближайшее разсмотрѣніе этихъ ограничительныхъ условій ясно указываетъ несостоятельность всей этой попытки. Что такое безопасное бѣгство? Когда можетъ быть увѣренъ

---

(1) Въ германской литературѣ это требованіе ставилъ даже еще Köstlin, въ Neue Revision, стр. 728; но въ System, стр. 86, пр. 8, онъ отказался отъ прежняго взгляда.—Изъ другихъ нѣмецкихъ криминалистовъ это условіе защищали: Henke, Jarcke, Marezoll, Hefter, Seeger, Geib, Geyer.—Изъ нашихъ криминалистовъ Будзинскій, начала, стр. 135, ставитъ условіемъ обороны невозможность неопаснаго и непозорнаго бѣгства.

бѣжавшій, что нападающій его не догонитъ, не пуститъ чѣмъ нибудь въ догонку и т. п.? А если къ этому присоединить еще требованіе непозорности бѣгства, то придется по необходимости или придти къ тѣмъ несообразнымъ выводамъ, которые выработала средневѣковая юриспруденція, различая, по объему, право обороны для военныхъ и статскихъ, для благородныхъ и плебеевъ, или же предоставить рѣшеніе вопроса судьѣ, поставивъ его въ зависимость отъ степени его храбрости.

Возможность ненасильственной защиты угрожаемаго блага, повторяю, исключаетъ право обороны, но только въ томъ случаѣ, когда эта возможность вытекала изъ самыхъ условій нападенія. Если я могу устранить всякую опасность, захлопнувъ дверь предъ нападающимъ, а вмѣсто того причиняю ему увѣчье или смерть, то я, разумѣется, буду отвѣчать за превышеніе предѣловъ обороны.

441. Также мало основательнымъ представляется другое требованіе, сродное съ предъидущимъ, по которому оборона теряетъ свое юридическое значеніе, если обороняющійся заранѣе зналъ о возможности подвергнуться опасности и могъ уклониться отъ этого, не явившись на данное мѣсто (1). Это требованіе, по существу своему, противорѣчитъ понятію объ оборонѣ, какъ о правѣ лица, а съ практической стороны оно такъ неопредѣленно, допускаетъ такъ много ограниченій, что теряетъ всякое значеніе. Въ самомъ дѣлѣ, даже наиболѣе ярые сторонники этого ограниченія въ новой литературѣ, какъ напр. Гейеръ, допускаютъ, однако, право обороны: во 1-хъ, для лицъ, явившихся на мѣсто предположенной опасности по обязанностямъ службы или званія, хотя трудно сказать, почему человѣкъ, отправившійся, въ качествѣ репортера или изъ простаго любопытства, вмѣстѣ съ военною командою, въ лѣсъ, въ которомъ завѣдомо находятся разбойники, будетъ находиться въ иномъ юридическомъ положеніи, чѣмъ его спутники, и долженъ безпрекословно отдать разбойникамъ, въ случаѣ нападенія, и часы,

(1) Такое условіе ставятъ многіе итальянскіе и французскіе криминалисты Ср. Carrara, № 304 и сл., Garraud, № 159; изъ нѣмецкихъ писателей въ особенности Geyer, Nothwehr, стр. 34—35.

и деньги, или даже пожертвовать жизнью; во 2-хъ, по мнѣнію Гейсра, оборона допустима, если наступленіе опасности не представлялось вполнѣ вѣроятнымъ; но Гейеръ не указываетъ, кто же и какъ будетъ опредѣлять эту степень вѣроятности: если мнѣ извѣстно, что въ данномъ лѣсу было нѣсколько случаевъ ограбленія, что тамъ пошаливаютъ, но я тѣмъ не менѣе пошелъ ночью черезъ лѣсъ, то неужели я не имѣю права обороны противъ напавшихъ на меня? Право не можетъ и не должно таиться и идти окольною дорогою.

442. Еще распространеннѣе другое ограниченіе, въ силу коего оборона юридически допускаема только тогда, когда не существуетъ возможности прибѣгнуть къ государственной охранѣ, или, другими словами, когда обороняющійся не могъ прибѣгнуть къ помощи власти. Но и это требованіе имѣетъ только кажущееся значеніе: если опасность предотвращена дѣйствіями органовъ власти, если городовой схватилъ человѣка, намѣревающагося меня побить, то, конечно, оборона не можетъ имѣть мѣста; но при этомъ предполагается, что охрана имѣла дѣйствительный, а не фиктивный характеръ; безъ этого условія право обороны сохраняетъ свою силу, хотя бы нападеніе было въ присутствіи органа власти, даже если этотъ органъ оказывалъ помощь обороняющемуся, если только опасность имъ не была устранена.

Но если дѣйствительная помощь не всегда устраняетъ право обороны, то еще менѣе можетъ имѣть значенія одна возможность призыва власти, когда остается неизвѣстнымъ, придетъ ли этотъ органъ власти на помощь, будетъ ли эта помощь своевременна и дѣйствительна. Да и, кромѣ того, остается не доказаннымъ, почему въ подобномъ случаѣ частное лицо не можетъ обороняться собственными средствами, а должно прибѣгать къ помощи органовъ власти, въ особенности, если рѣчь идетъ объ оборонѣ противъ преступныхъ посягательствъ?

Наше уложеніе, въ ст. 101, по примѣру большинства нѣмецкихъ кодексовъ начала нынѣшняго столѣтія, допускаетъ оборону только при невозможности прибѣгнуть къ защитѣ ближайшаго или мѣстнаго начальства; но, по буквальному тексту закона, оборона устраняется только дѣйствительною помощію власти, а не

одною возможностью ея призыва, такъ что въ дѣйствительности это ограниченіе теряетъ всякую силу.

443. Такимъ образомъ, первымъ условіемъ обороны является неправомѣрное нападеніе, вызывающее немедленную насильственную защиту. Теперь мы должны перейти къ разсмотрѣнію другаго элемента обороны—къ защитѣ.

Въ этомъ отношеніи, прежде всего, является вопросъ о томъ: всякое ли благо можетъ быть охраняемо обороною?

Современная доктрина и большинство новыхъ кодексовъ весьма широко смотрятъ на оборону, признавая, что она можетъ быть допущена въ защиту всякаго правоохраненнаго интереса, всякаго блага, какъ личнаго, такъ и имущественнаго, какъ вознаградимаго, такъ и не вознаградимаго, цѣннаго и малоцѣннаго, предполагая, конечно, существованіе всѣхъ прочихъ условій обороны.

Такое положеніе вытекаетъ, какъ изъ понятія о правомѣрности обороны, такъ и изъ невозможности установить въ этомъ отношеніи какіе либо предѣлы защиты, что свидѣтельствуютъ и различныя попытки подобнаго ограниченія (¹).

Признаніе права обороны жизни, тѣлесной неприкосновенности, свободы и цѣломудрія не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній. Споръ существуетъ только относительно обороны чести и имущества.

Отрицаніе права обороны чести, встрѣчающее и нынѣ защитниковъ между криминалистами (²), основывается, очевидно, на недоразумѣніи. Въ этихъ случаяхъ трудно говорить о малоцѣнности охраняемаго блага, такъ какъ для значительнаго большинства публичная обида, пощечина, будутъ несомнѣнно болѣе тяжкими посягательствами, чѣмъ лишеніе свободы или даже пораненіе; вмѣстѣ съ тѣмъ грань, отдѣляющая реальныя обиды отъ посягательствъ на тѣлесную неприкосновенность, представляется почти

(¹) Въ особенности краснорѣчиво защищаетъ это положеніе Berner въ архивѣ 1848 г., стр. 570 и сл., а также, Levita, Binding и др.; изъ французскихъ писателей—Ortolan.

(²) Feuerbach, Grollmann, Jarcke, Luden, а въ особенности многіе французскіе криминалисты: F. Hélie, Trébutien, Garraud, находятъ, что здѣсь не существуетъ невознаградимости зла (irréparabilité du mal). См. замѣчанія по поводу требованія невознаградимости, какъ условія обороны, у Кони, в. с., стр. 28.

неуловимою, а между тѣмъ оборона неприкосновенности личности допускается всѣми. Остается, такимъ образомъ, указаніе на несвоевременность защиты при оскорбленіяхъ; но уже выше было указано, что обида можетъ получить длящійся характеръ, вполнѣ допускающій своевременную оборону, а о возможности таковой по отношенію къ реальнымъ обидамъ не можетъ быть и спора.

444. Также трудно установить границы и относительно защиты правъ имущественныхъ. Устранить вполнѣ право на ихъ защиту, очевидно, невозможно: кто останется спокойнымъ зрителемъ расхищенія не только значительной части своего имущества, но и отдѣльныхъ вещей—часовъ, кошелька? На какомъ основаніи обладатель имущества долженъ безпрепятственно уступать его похитителю? Очевидно, значитъ, что должны быть извѣстные предѣлы, за которыми только наступаетъ беззащитность извѣстныхъ матеріальныхъ благъ; но какими же признаками могутъ быть обозначены эти предѣлы?

На это мы встрѣчаемъ нѣсколько различныхъ отвѣтовъ:

Во 1-хъ, говорятъ одни, защита допустима, если нападающій угрожаетъ утратою невознаградимыхъ имущественныхъ благъ. Но утрата какихъ благъ можетъ считаться невознаградимою? Можно ли вывести это условіе изъ самого свойства извѣстныхъ благъ, или же оно опредѣляется сообразно съ обстоятельствами каждаго отдѣльнаго случая? Защитники первой попытки, средневѣковые писатели, по необходимости приходили къ самымъ произвольнымъ положеніямъ, считая, напр., не вознаградимыми или не возстановляемыми только права на движимое имущество, хотя несомнѣнно, что и при посягательствахъ на недвижимость могутъ быть случаи причиненія такого ущерба, который несомнѣнно представляется не вознаградимымъ; при рѣшеніи же вопроса о вознаградимости по обстоятельствамъ отдѣльныхъ случаевъ, мы внесемъ полную неопредѣленность въ ученіе объ оборонѣ. Какъ опредѣлить вознаградимость или невознаградимость грозящаго вреда съ точки зрѣнія лица защищающагося, въ моментъ защиты? Въ состояніи ли онъ заняться въ то время рѣшеніемъ, напр., вопроса о состоятельности къ уплатѣ нападающаго и т. д.?

Во 2-хъ, говорятъ другіе, оборона не допустима при нападеніи на малоцѣнныя блага; но это ограниченіе представляется еще болѣе неудачнымъ, такъ какъ цѣнность имущества, какъ предѣлъ неважности его утраты, не имѣетъ объективнаго характера, а зависитъ отъ взгляда владѣльца на значеніе отнимаемаго предмета, отъ большей или меньшей его скупости, отъ его состоятельности и т. д.

Въ 3-хъ, допускаютъ оборону имущества только въ тѣхъ случаяхъ, когда нападеніе на имущество соединено съ нападеніемъ на личность, причемъ, по мнѣнію защитниковъ этого взгляда, безразлично, входитъ ли посягательство на личность въ самый составъ имущественнаго посягательства, составляя средство похищенія, какъ, напр., при разбоѣ, или же это насиліе только дополняетъ совершившееся имущественное посягательство, когда, напр., воръ, захваченный на мѣстѣ преступленія, оказываетъ сопротивленіе хозяину, требующему возвращенія покраденнаго. Но очевидно, что такое ограниченіе, въ особенности при широкомъ пониманіи насильственнаго посягательства на имущество, становится совершенно мнимымъ, такъ какъ самый актъ обороны непремѣнно предполагаетъ извѣстное непосредственное насильственное отношеніе похитителя къ обладателю вещи: и логически, и практически нельзя представить возможность обороны противъ вора, незамѣтно утащившаго платокъ изъ кармана и успѣвшаго съ нимъ скрыться, или противъ мошенника, оставшагося неизвѣстнымъ обманутому въ моментъ учиненія обмана.

Въ силу этихъ соображеній, многіе новѣйшіе кодексы отказались отъ всякой попытки перечисленія благъ, охраняемыхъ при оборонѣ; такъ поступаетъ германскій кодексъ (§ 53), а кодексъ венгерскій (§ 79) говоритъ общимъ образомъ объ оборонѣ личности и имущества; напротивъ того, кодексъ французскій перечисляетъ тѣ блага, которыя могутъ быть защищаемы, и, по разъясненію комментаторовъ, это перечисленіе должно быть понимаемо ограничительно [1]; такой же перечень сохраняетъ

---

[1] Кодексы французскій и бельгійскій особо упоминаютъ объ охранѣ, такъ называемаго домоваго права, понимая подъ этимъ между прочимъ и право хозяина помѣщенія употребить силу противъ лица, пытающагося вторгнуться въ жилище,

и бельгійскій кодексъ, который говоритъ объ охранѣ жизни, чести и имущества ([1]).

445. Оборона относится, прежде всего, къ охранѣ благъ или правъ лица защищающагося; но она можетъ быть распространена и на защиту другихъ лицъ, находящихся въ условіяхъ, юридически оправдывающихъ насильственную защиту ([2]). Такое положеніе можетъ быть выведено: во 1-хъ, изъ юридическаго характера этого института, такъ какъ основанія безнаказанности насилія, учиненнаго при оборонѣ, заключаются не въ личныхъ качествахъ дѣятеля, а въ условіяхъ дѣянія; а потому всѣ лица, вложившіяся въ него, являются ненаказуемыми,—безразлично, дѣйствовали ли они по просьбѣ оборонявшагося или по собственной иниціативѣ; во 2-хъ, изъ самаго основанія правомѣрности обороны—воспрепятствованія нарушенію права; въ тѣхъ случаяхъ, когда государство не въ состояніи воспрепятствовать злу, его мѣсто занимаетъ частное лицо, безотносительно къ тому, кому въ данномъ случаѣ угрожала опасность.

Такая защита можетъ быть, конечно, оказана правамъ лицъ какъ физическихъ, такъ и юридическихъ; мало того, по тѣмъ же основаніямъ можно допустить оборону и правоохраненныхъ интересовъ, какъ скоро посягательство на нихъ, по своимъ условіямъ, даетъ право обороны. При этомъ безразлично, отъ кого происходило такое посягательство: отъ лица частнаго или отъ органа власти ([3]).

вопреки волѣ хозяина, или не оставляющаго его, не смотря на предъявленное требованіе; причемъ по французскому праву такое вторженіе почитается охраною только въ томъ случаѣ, если попытка вторженія была сдѣлана ночью, а если было отражаемо дневное нападеніе, то защита разсматривается только какъ excuse légale.

([1]) F. Hélie, Théorie, IV, № 1324 и сл.; Lainé, № 246, замѣчаетъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ, не указанныхъ въ ст. 328, обороняющійся можетъ ссылаться въ свое оправданіе на психическое принужденіе.

([2]) Оттого и неточно названіе этого института самообороною, или «необходимою личною обороною», какъ это дѣлаютъ нѣкоторые писатели и кодексы, напр., вюртембергскій, ганноверскій, баденскій, а равно и наше уложеніе.

([3]) Ср. нѣкоторые примѣры этого рода у Binding, Handbuch, стр. 737, пр. 22, 23; весьма далеко идетъ Berner въ архивѣ 1848 г., стр. 562—563, признавая право обороны народа противъ правительства въ защиту насильственно ниспровергаемой конституціи.

446. Въ нашемъ правѣ еще уложеніе царя Алексѣя Михаиловича допускало оборону въ весьма широкомъ размѣрѣ, дозволяя насильственную защиту не только личности, но и неприкосновенности жилища и имущества, даже и въ томъ случаѣ, когда «кто за татемъ погонится съ сторонними людьми, и на дорогѣ или на полѣ, или въ лѣсу тотъ тать изымати себя не дастъ и учнетъ дратися». Дѣйствующее уложеніе (ст. 101—103) вводитъ перечневую систему и въ этомъ отношеніи представляетъ нѣкоторые пробѣлы.

Законъ прямо говоритъ о защитѣ жизни, здоровья и свободы, далѣе, упоминаетъ объ оборонѣ противъ посягательства на честь и цѣломудріе женщинъ, но умалчиваетъ о подобныхъ же посягательствахъ на мужчинъ, напр., при мужеложствѣ, хотя, впрочемъ, этотъ пробѣлъ не представляется существеннымъ, такъ какъ такое дѣяніе будетъ заключать и посягательство на тѣлесную неприкосновенность или здоровье. По отношенію къ имуществу, оборона допускается не только противъ такихъ посягательствъ, въ коихъ насиліе надъ личностью является составнымъ элементомъ, какъ грабежъ и разбой, но вообще противъ всякаго безправаго посягательства, соединеннаго съ насиліемъ надъ обладателемъ вещи, когда, напр., виновный силою противится возвращенію вещи или не прекращаетъ истребленія; но оборона имущества безъ этого условія не допустима, а потому хозяинъ или владѣлецъ вещи не можетъ ссылаться на оборону, стрѣляя въ догонку убѣгающему вору или разбойнику, какъ бы безвозвратна ни казалась утрата вещи. Далѣе, уложеніе особо говоритъ объ охраненіи неприкосновенности жилища, допуская оборону противъ вторгнувшагося или вторгающагося, безразлично, было ли сдѣлано нападеніе днемъ или ночью, грозило ли оно опасностью жизни или другимъ благамъ лицъ, находящихся въ домѣ, или не грозило. Подъ жительствомъ, конечно, можно понимать помѣщеніе, въ которомъ обороняющійся имѣетъ исключительное право распоряженія: таковы домъ, квартира, даже дворъ дома. Наконецъ, уложеніе вовсе не упоминаетъ объ оборонѣ чести; по отношенію къ обидѣ дѣйствіемъ оборона можетъ быть оправдана тѣмъ, что въ такой обидѣ существуетъ посягательство на тѣлесную неприкосновенность; но противъ словесной обиды, по уложенію, оборона не допускается.

Кромѣ того, по ст. 103 уложенія, «во всѣхъ случаяхъ, указан ныхъ въ ст. 101—102, употребленіе мѣръ необходимой оборон дозволяется не только для собственной обороны, но и для защит другихъ, находящихся въ томъ же положеніи».

Уже смотритъ на объемъ обороны уставъ воинскій (ст. 71) говоря о «нападеніи на подчиненнаго, угрожавшемъ явною дл него опасностью», о «защитѣ, необходимой для личнаго самоохра ненія» и т. д.

Проектъ уголовнаго уложенія содержитъ болѣе обобщенну формулу, упоминая объ оборонѣ «противъ незаконнаго посяга тельства на личныя или имущественныя блага самого защищав шагося или другихъ лицъ». По этому поводу въ объяснитель ной запискѣ указано: «по системѣ проекта оборона можетъ быт допущена не только при нападеніи на личность, направленном на нее непосредственно, или по поводу какихъ либо имуще ственныхъ благъ, но и при другихъ посягательствахъ на иму щественныя права, учиненныхъ въ присутствіи оборонявшагося когда защита имущества отъ истребленія или поврежден инымъ ненасильственнымъ образомъ не представлялась воз можною».

447. По природѣ своей, оборона предполагаетъ умышленност дѣйствій обороняющагося, причемъ очень нерѣдко обороняющійс находится въ аффектированномъ состояніи, хотя вполнѣ возможн обдуманная хладнокровная оборона.

Вредъ, причиняемый при оборонѣ, можетъ быть крайне разно образенъ, начиная отъ нанесенія ранъ, увѣчья и кончая смертью иногда охрана можетъ состоять въ лишеніи свободы, а иногд даже въ поврежденіи имущества; поэтому ссылка на оборон можетъ встрѣтиться при самыхъ разнообразныхъ преступных дѣяніяхъ.

Оборона можетъ не ограничиваться однимъ только отраженіемъ а можетъ переходить иногда и въ нападеніе, принужденіе къ дѣй ствію или бездѣйствію, если, конечно, это насиліе направлено н того, кто грозитъ опасностью, а не на третьихъ лицъ; вредъ, при чиненный при оборонѣ третьимъ лицамъ, можетъ или обсуждатьс

огласно съ ученіемъ о крайней необходимости, или можетъ быть аказуемъ по общимъ правиламъ.

448. Мѣру обороны прежняя доктрина [1] пыталась опредѣлить отношеніемъ между благомъ нарушаемымъ и защищаемымъ; оэтому не допускалось причиненіе вреда, при защитѣ вознагради-аго блага, невознаградимому; при защитѣ маловажнаго—суще-твенному благу и т. д. Но такая постановка вопроса оказалась есостоятельною ни теоретически, ни практически. Какимъ обра-омъ попытка нарушить право можетъ быть когда нибудь признана ормальнымъ явленіемъ, а противодѣйствіе таковой попыткѣ—не озволеннымъ? Какимъ образомъ опредѣлить a priori, какое право ожетъ быть признаваемо вознаградимымъ и маловажнымъ?

Можетъ ли, напр., дѣвушка защищаться противъ лица, желаю-цаго самовольно ее поцѣловать, отрѣзать на память локонъ волосъ т. д.; а если можетъ, то до какого предѣла? Можетъ ли она ои этомъ только изорвать сюртукъ у нападающаго, или можетъ нести ему ударъ, или причинить увѣчье? При этомъ не надо бывать того положенія, въ которомъ находился обороняющійся, удности опредѣлить объемъ зла, которымъ грозитъ нападающій, ослѣдствія употребленной мѣры защиты; не надо забывать, что острадавшій при оборонѣ легко могъ избѣжать вреда, отказав-ись отъ задуманнаго имъ посягательства.

Единственнымъ исключеніемъ въ этомъ отношеніи представ-яется употребленіе обороны противъ посягательствъ, хотя и не зволенныхъ закономъ, но и непреступныхъ, когда нападаю-щимъ, напр., является малолѣтній, завѣдомо умалишенный; когда, нимъ словомъ, въ оправданіе насильственной защиты выступаетъ ементъ субъективный, а не объективный. Если защищающійся знаетъ, что на него нападаетъ сумасшедшій, то, разумѣется, казъ отъ угрожаемаго интереса, въ виду несоразмѣрности его съ

---

(1) Даже и теперь эта попытка находитъ защитниковъ, особенно между фран-зскими криминалистами: такъ, Ortolan, говоритъ, что нужно пожертвовать оимъ правомъ, если неравномѣрность правъ очевидна; тоже Carrara, № 299. Германіи за это условіе высказывается Geyer, Buri въ Gerichtssaal, 1878 г., . 461. Энергическія возраженія противъ такого ограниченія права обороны аетъ Jhering, Kampf um's Recht, стр. 95. Ср. также А. Кистяковскій, № 222.

вредомъ, который приходится причинить нападающему, предста
вляется вполнѣ справедливымъ.

449. Отрицая, такимъ образомъ, значеніе соотношенія межд
благами при опредѣленіи границъ обороны, мы, въ силу этого
должны придать значеніе другому условію—соотношенію размѣр
защиты съ размѣрами нападенія. Оборона не можетъ быть безпре
дѣльна; защищающійся только тогда можетъ перейдти къ насил
ственнымъ мѣрамъ, когда ненасильственныя мѣры оказались недѣй
ствительными, или когда онъ добросовѣстно предполагалъ ихъ не
дѣйствительными. Какъ справедливо замѣчаетъ Лефита (стр. 22
прим. 56), «опасность потерять самое ничтожное благо оправды
ваетъ употребленіе наибольшаго насилія, если это благо нельз
сохранить иначе, и, наоборотъ, опасность для самаго высшаг
блага не можетъ оправдать самаго ничтожнаго насилія, если он
превосходило мѣру, необходимую для его защиты».

При этомъ, конечно, нужно имѣть въ виду тѣ условія, въ кото
рыхъ находился защищающійся: условія защиты будутъ, конечно
различны, смотря по тому, было ли нападеніе днемъ или ночью
въ уединенномъ или многолюдномъ мѣстѣ, нападало-ли одно лиц
или нападающихъ было много. Мало того, судъ долженъ принять в
вниманіе и индивидуальныя особенности защищающагося, его тем
пераментъ, характеръ, степень его аффекта и т. д.; для третьяг
лица, спокойно анализирующаго нападеніе и степень опасности
необходимость употребленія тѣхъ или другихъ средствъ предста
вится въ иномъ свѣтѣ, чѣмъ для лица защищающагося.

450. Такое же положеніе усвоено и дѣйствующимъ правомъ
которое не допускаетъ никакихъ искусственныхъ ограничені
права обороны, требуя только, чтобы это употребленіе силы ил
причиненіе вреда оправдывалось дѣйствительною опасностью. В
этомъ отношеніи уложеніе возвратилось къ исконному русском
воззрѣнію на право обороны, высказанному въ уложеніи цар
Алексѣя Михаиловича. Наоборотъ, воинскій уставъ Петра Великаг
пытался перенести къ намъ начала средневѣковаго нѣмецкаг
права, старавшагося, по возможности, стѣснить право оборон
Такъ, воинскій уставъ (артик. 157, толкованіе) говорилъ, чт

оборона состоитъ: «въ умѣреніи, что оборона съ обиженіемъ равна есть, а именно, чтобы такимъ же образомъ оборонятися, какимъ образомъ кто отъ кого нападенъ будетъ. Ежели нападеніе учинитца оружіемъ, то можно оружіемъ оборонятися; ежели же безъ оружія, то и противится безъ оружія надлежитъ». Впрочемъ, далѣе изъ этого суроваго правила дѣлались изъятія, и даже прибавлялось,—что «если смертный страхъ есть, то надлежитъ оборонятися, какъ возможно».

Сводъ законовъ (изд. 1842 г. ст. 145, п. 1) также усвоилъ взглядъ воинскаго устава и говоритъ: «оборона признается законною, когда она равна нападенію; посему защищаться оружіемъ позволено токмо противъ насилія вооруженнаго; употребить же ное противъ насилія безоружнаго можно только тогда, когда нападеніе учинено наединѣ, и притомъ съ опасностью жизни».

Проектъ уголовнаго уложенія, какъ и дѣйствующее право, не знаетъ никакого искусственнаго ограниченія предѣловъ защиты.

451. Прежнія законодательства къ числу вышеуказанныхъ условій обороны присоединяли еще нѣкоторыя процессуальныя требованія, заключающіяся или въ особенныхъ способахъ доказательства бытія обороны, или въ обязанности немедленной заявки о результатахъ обороны. Такъ, дѣйствующее уложеніе постановляетъ, что «обороняющійся обязанъ о всѣхъ обстоятельствахъ и послѣдствіяхъ своей необходимой обороны немедленно объявить сосѣднимъ жителямъ, а при первой возможности и ближайшему начальству»; это условіе сохранилось и во всѣхъ позднѣйшихъ изданіяхъ уложенія, даже и послѣ изданія судебныхъ уставовъ. Причина такого, прежде весьма распространеннаго, требованія заключалась въ желаніи устранить возможность скрыть подъ видомъ обороны обыкновенное преступное дѣяніе, въ особенности убійство, хотя не трудно видѣть, что это условіе утратило всякое значеніе при новомъ процессѣ, съ отмѣною формальныхъ доказательствъ. Можетъ ли признать нынѣ судья дѣйствіе виновнаго актомъ обороны, хотя бы обороняющійся не сдѣлалъ немедленнаго заявленія о причиненномъ имъ вредѣ? Разумѣется—да, а потому внесеніе такого условія въ законъ представляется совершенно излишнимъ.

452. Установивъ предѣлы правомѣрной обороны, мы встрѣ- чаемся далѣе съ весьма важнымъ и спорнымъ вопросомъ о превышеніи этихъ предѣловъ. Лицо дѣйствительно оборонялос противъ грозящаго ему противозаконнаго нападенія, но пр этомъ превысило необходимую мѣру защиты, употребивъ, напр. насиліе тамъ, гдѣ можно было обойтись безъ всякаго наси- лія, или причинивъ тяжкое увѣчье, или даже смерть въ тѣх случаяхъ, когда можно было ограничиться простымъ толчкомъ лишеніемъ свободы и т. д. Такое превышеніе предѣловъ оборон можетъ быть или умышленное, или неосторожное. Конечно, и в томъ и въ другомъ случаѣ дѣяніе превысившаго право оборон заключаетъ въ себѣ элементы преступности; но въ виду того, чт такое причиненіе вреда является послѣдствіемъ правомѣрнаг состоянія, оно всегда вызываетъ снисхожденіе къ виновному; в особенности же это снисхожденіе примѣнимо къ превышенію пре- дѣловъ обороны въ состояніи запальчивости, вслѣдствіе необдуман- ности, вызванной страхомъ, и т. д. Нельзя, говоритъ Ортоланъ (стр. 172), требовать отъ человѣка такого хладнокровія, чтоб въ пылу самозащиты, находясь подъ вліяніемъ сильнаго душе- внаго волненія, онъ сохранилъ настолько самообладанія, чтобы с математическою точностью могъ взвѣсить необходимыя для отра- женія нападенія средства. . . вотъ почему и при превышеніи пре- дѣловъ обороны часто придется, во вниманіе къ обстоятельствам даннаго случая, освобождать защищавшагося отъ уголовной отвѣт- ственности.

453. Изъ западно-европейскихъ кодексовъ французскі обходитъ вопросъ о превышеніи предѣловъ обороны молчаніемъ германскій кодексъ въ § 53 п. 2 говоритъ, что превышеніе пре дѣловъ обороны, учиненное подъ вліяніемъ смущенія, испуга страха, не наказуемо, причемъ, по объясненію нѣмецкой док трины [1], здѣсь имѣется въ виду неумышленное превышеніе пре

---

[1] Подробные доводы приведены у Binding, Handbuch, стр. 753; такое ж толкованіе даютъ—Merkel, Liszt, Hälschner, Oppenhoff, Olshausen; хотя, каза лось бы правильнѣе говорить здѣсь о наказуемости хладнокровнаго умышлен наго превышенія въ противоположность умышленному, но аффектрованному

дѣловъ обороны, такъ что умышленное нарушеніе наказуемо по общимъ правиламъ. Подобное же положеніе содержитъ кодексъ венгерскій, § 79, а голландское уложеніе идетъ еще далѣе, признавая, что нарушеніе границъ необходимой обороны не наказуемо, какъ скоро оно было послѣдствіемъ сильнаго душевнаго волненія, вызваннаго нападеніемъ.

У насъ сводъ законовъ вовсе умалчивалъ о превышеніи предѣловъ обороны; уложеніе же, въ ст. 101, говоритъ слѣдующее: всякій, напрасный, сдѣланный нападающему послѣ уже отвращенія отъ него грозившей опасности, вредъ, признается злоупотребленіемъ обороны и виновный въ томъ долженъ быть подвергаемъ наказанію, которое опредѣляется по мѣрѣ причиненнаго имъ вреда, по роду побужденій, коимъ онъ слѣдовалъ, и другимъ обстоятельствамъ дѣла. Затѣмъ уложеніе содержитъ спеціальныя постановленія о наказуемости превышенія предѣловъ обороны при убійствѣ (ст. 1467) и при поврежденіяхъ здоровья (ст. 1493). При этомъ законъ, какъ видно изъ приведеннаго выше текста, вовсе не упоминаетъ о превышеніи предѣловъ или мѣры защиты, а говоритъ только объ отмщеніи или о мнимой оборонѣ, а съ другой стороны, благодаря своей неопредѣленной редакціи, вовсе не даетъ никакихъ прямыхъ указаній объ отвѣтственности за превышеніе предѣловъ обороны, выразившееся въ лишеніи кого либо свободы, истребленіи имущества и т. д.

Проектъ уголовнаго уложенія, оставаясь на почвѣ дѣйствующаго права, далъ нѣсколько иную конструкцію этому постановленію, говоря, что превышеніе предѣловъ обороны наказывается только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ, причемъ, какъ видно изъ проекта особенной части, къ такимъ случаямъ отнесены лишеніе жизни и причиненіе тяжкаго тѣлеснаго поврежденія (1).

самъ Биндингъ подводитъ подъ 2-ю часть статьи 53 сознательное превышеніе необходимой мѣры защиты изъ опасенія повторенія нападенія. Противоположное толкованіе защищаетъ H. Meyer, стр. 336.

(1) Такимъ образомъ, въ этомъ отношеніи постановленія проекта весьма отличаются отъ постановленій западныхъ кодексовъ. По поводу этого различія, вѣнскій профессоръ С. Майеръ замѣчаетъ: «такое правило мы считаемъ болѣе выгоднымъ, нежели соотвѣтственныя постановленія новѣйшихъ законодательствъ. Оправдываются ли послѣднія съ точки зрѣнія уголовной политики—весьма сомни-

Самое же понятіе превышенія предѣловъ обороны имѣетъ техническое значеніе, такъ какъ проектъ подводитъ подъ него не только чрезмѣрную защиту, но и несвоевременную защиту, т. е. такое дѣйствіе, которое, съ теоретической точки зрѣнія, относится къ мнимой оборонѣ, а не къ превышенію предѣловъ защиты.

454. Совершенно иной случай представляетъ, такъ называемая, мнимая оборона, встрѣчающаяся, притомъ, въ двухъ видахъ: объективномъ и субъективномъ ([1]).

Объективно мнимая оборона можетъ возникнуть: а) когда нападеніе хотя и существовало, но было правомѣрно и исключало поэтому юридическую возможность сопротивленія; б) когда предполагаемое нападеніе еще не реализовалось, такъ что защита была преждевременна, и в) когда существовавшее нападеніе уже окончилось, такъ что оборона представляется слишкомъ позднею. Во всѣхъ этихъ случаяхъ виновный подлежитъ отвѣтственности по общимъ правиламъ; причемъ то обстоятельство, что нападеніе существовало или предполагалось, можетъ только влiять на мѣру отвѣтственности.

Субъективно мнимая оборона предполагаетъ два случая: а) защиту противъ воображаемаго или мнимаго нападенія, когда насиліе было употреблено противъ лица, шедшаго на встрѣчу съ самыми дружелюбными намѣреніями, и б) защиту противъ объективно мнимой обороны, если притомъ защищающійся ошибочно предполагалъ, что нападеніе уже началось или еще не окончилось, или же заблуждался относительно неправомѣрности нападенія. Во всѣхъ этихъ случаяхъ виновный отвѣчаетъ за зло, имъ причиненное, но

тельно; съ практической же точки зрѣнія, они безусловно не выдерживаютъ критики, если принять во вниманіе многочисленныя пререканія, къ какимъ ведетъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ установленіе понятія такъ называемаго эксцесса необходимой обороны. Такія выраженія, какъ «смущеніе, страхъ или ужасъ» заключаютъ въ себѣ, конечно, для рѣшающаго дѣло судьи нѣкоторый намекъ на то, въ какой степени онъ обязанъ принимать во вниманіе, при обсужденіи такого конфликта, особыя условія совершенія дѣянія, но вовсе не исчерпываютъ всѣхъ возможныхъ случаевъ этого рода.

([1]) Ср. H. Meyer, стр. 336.

съ примѣненіемъ общихъ правилъ о вліяніи на отвѣтственность ошибки и заблужденія ([1]).

455. *Крайняя необходимость* ([2]). Подъ крайнею необходимостью, какъ было указано ранѣе, понимается, какъ и подъ обороною, нарушеніе какого либо правоохраненнаго интереса или, общнѣе, какой либо правовой нормы, ради защиты также правоохраненнаго интереса отъ грозящей ему и другими средствами неотвратимой опасности, но съ тѣмъ отличіемъ отъ обороны, что вредъ причиняется не нападающему, а третьимъ лицамъ, защита направляется не противъ источника опасности ([3]).

Такимъ образомъ, общимъ моментомъ обоихъ институтовъ является наличность принужденія, а различіе лежитъ въ направленіи защиты и, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ ея послѣдствіяхъ: тамъ защита права противополагается неправомѣрному или даже и пре-

---

([1]) Binding, Handbuch, § 150, стр. 75. Ошибочное предположеніе о существованіи обороны равносильно ошибочному предположенію о правѣ на учиненіе преступнаго дѣянія; если эта ошибка извинительна, то устраняется всякое вмѣненіе, а если ошибка не извинительна, то устраняется умышленность.

([2]) См. литературныя указанія въ моемъ «Курсѣ», I, № 158, пр. 141, а также у Binding, Handbuch, § 151, пр. 1; изъ монографій, кромѣ указанныхъ выше, относительно необходимой обороны, слѣдуетъ указать еще: Marquardsen, die Lehre vom Nothstande, Archiv, 1857 г., стр. 396; Janka, der strafrechtliche Nothstand, 1878 г.; R. Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes 1878 г., съ подробнымъ указаніемъ литературы; Lehmann, über die civilrechtl. Wirkungen des Nothstandes in Jhering's Jahrbücher, XIII, стр. 215—250; изъ новыхъ учебниковъ подробно разсмотрѣнъ этотъ вопросъ у Hälschner'a, Strafrecht, № 195 и сл. и у Binding'a.

([3]) Binding, Handbuch, стр. 759, вноситъ въ область крайней необходимости и случаи нарушенія какой либо обязанности для выполненія другой, когда ихъ одновременное осуществленіе представлялось невыполнимымъ, когда, напр., докторъ, одновременно приглашенный къ двумъ умирающимъ, отправился къ одному изъ нихъ, свидѣтель, одновременно вызванный въ два судебныя мѣста, отправляется только въ одно изъ нихъ.—Поэтому онъ намѣчаетъ три ступени развитія понятія о крайней необходимости въ доктринѣ: 1) крайняя необходимость есть столкновеніе правоохраненныхъ интересовъ; 2) она объемлетъ, сверхъ того, коллизію правоохраненныхъ интересовъ съ правовыми обязанностями; 3) наконецъ, въ нее включается всякое столкновеніе обязанностей. Поэтому Биндингъ опредѣляетъ крайнюю необходимость, какъ такое положеніе лица, въ коемъ оно только путемъ учиненія преступнаго дѣянія можетъ спасти поставленный въ опасность правоохраненный интересъ или сдѣлать возможнымъ исполненіе правовой обязанности.

ступному дѣянію, а здѣсь мы встрѣчаемся съ коллизіею интересовъ, одинаково охраняемыхъ закономъ, или съ коллизіею правъ. Эти сталкивающіеся интересы могутъ быть или однородны, или разнородны. Въ послѣднемъ случаѣ, сообразно съ тѣмъ значеніемъ, которое мы придаемъ отдѣльнымъ благамъ личности въ общежитіи, мы различаемъ столкновенія благъ равно важныхъ, напр., защита чести на счетъ свободы, или столкновеніе высшаго блага съ низшимъ, напр., жизни и здоровья.

456. Ненаказуемость дѣяній, совершенныхъ въ состояніи необходимости, признавалась и древнимъ правомъ [1]. Постановленія о случаяхъ этого рода, хотя и не сведенныя въ одно цѣлое, но охватывающія всѣ важнѣйшіе контроверзы, встрѣчаемъ мы въ римскомъ правѣ. Еще болѣе значенія придавало нуждѣ каноническое право, ставя общее правило: «necessitas legem non habet» (Decr. Grat, distinc, I, c. 11) или, какъ говорилось въ пятой книгѣ декреталій (c. 4 de regulis juris, 5, 41), «quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum», а въ особенности обращая вниманіе на кражу изъ голодной нужды,—случай, сдѣлавшійся главнымъ пунктомъ этого ученія у глоссаторовъ и итальянскихъ писателей 15 и 16 вѣковъ. Въ Германіи институтъ крайней необходимости получилъ признаніе уже въ Каролинѣ, а теоретическое обоснованіе—только съ конца XVIII столѣтія [2].

Право обороны обосновывается, какъ мы видѣли, двояко: объективно, какъ правомѣрная защита противъ неправомѣрнаго нападенія, какъ содѣйствіе охранительной дѣятельности государства, и субъективно, какъ проявленіе воли, не заключающей въ себѣ противоправныхъ элементовъ, а потому и не преступное; анало-

---

(1) Ср. подробныя историческія данныя по римскому, каноническому и общенѣмецкому праву у Janka, стр. 43—85; Stammler, стр. 7—36; общій ходъ развитія ученія о необходимости и постепеннаго расширенія ея объема у Binding, Handbuch, стр. 756 и сл.

(2) Ср. мой курсъ, I, № 159; Wächter, sächsisches Strafrecht, стр. 360 и сл.; Janka, стр. 85—186; Stammler, стр. 37—51; Binding, Handbuch, стр. 755, замѣчаетъ, что, въ противоположность ученію о необходимой оборонѣ, развитіе въ Германіи ученія о необходимости представляется неправильнымъ; главною причиною этого, по его мнѣнію, сохранившею свое значеніе и понынѣ, является непониманіе жизненнаго значенія этого института и разнообразіе случаевъ, сюда относящихся, случаевъ—ординарныхъ, но весьма поучительныхъ.

гичныя попытки встрѣчаемъ мы и относительно обоснованія крайней необходимости (1).

457. Объективное обоснованіе крайней необходимости особенно выдвигается въ ученіи Фихте и Гегеля.

Юридическія отношенія, по теоріи Фихте, мыслимы только при возможности сосуществованія: тамъ, гдѣ является коллизія существованій, гдѣ одно лицо можетъ спастись только на счетъ другаго, тамъ исчезаетъ господство юридическаго порядка; вредъ, причиненный кому либо при такихъ условіяхъ, нельзя назвать ни законнымъ, ни противозаконнымъ (2); но нельзя не сказать, что основное положеніе этого ученія остается не доказаннымъ: какимъ образомъ столкновеніе интересовъ уничтожаетъ бытіе права, когда само право возникаетъ только по поводу такихъ столкновеній? Съ другой стороны, по этой теоріи пришлось бы крайне расширить предѣлы необходимости, устраняющей преступность дѣянія, такъ какъ, при уничтоженіи господства права, дѣлается возможною не только непротивозаконная защита жизни на счетъ какого нибудь ничтожнаго права, но и наоборотъ.

Другую попытку также объективнаго характера даетъ теорія Гегеля. Защита своего права, говоритъ онъ, на счетъ чужаго права становится не только актомъ безразличнымъ, но дѣлается правомѣрнымъ дѣяніемъ, какъ скоро приходится защищать жизнь, какъ основу бытія личности, на счетъ какого либо единичнаго ея проявленія, напр., права имущественнаго; такимъ образомъ, съуживаясь въ объемѣ, институтъ выигрываетъ въ значеніи: онъ получаетъ характеръ не состоянія необходимости (Nothstand), а права нужды (Nothrecht). Школа Гегеля (Абеггъ, Кестлинъ, Лефита, а также Вессели, Штамлеръ) пошла еще далѣе и распространила понятіе о правѣ нужды на случаи столкновенія жизни съ личными правами, и даже (Кестлинъ) жизни полной съ жизнью начинаю-

---

(1) Подробный обзоръ и разборъ различныхъ теорій, въ особенности нѣмецкихъ, у Janka, в. с., стр. 85—181.

(2) «Nothrecht ist das Recht, sich als gänzlich exempt von aller Rechtsgesetzgebung zu betrachten». Къ этому взгляду примкнули Grollman и Wächter, Lehrbuch, § 55; но послѣдній позднѣе, въ sächs. Strafr., стр. 360, пр. 2, отказался отъ этой теоріи.

щеюся, возможною. Во всѣхъ же другихъ случаяхъ столкновенія правъ сторонники этого воззрѣнія видѣли условіе, не уничтожающее преступность, а только вызывающее снисхожденіе. Но основаніе права нужды, и притомъ именно съ точки зрѣнія гегелевской теоріи права, остается не выясненнымъ. Право неприкосновенно, оно имѣетъ реальное бытіе, какъ въ своей основѣ, такъ и въ отдѣльныхъ проявленіяхъ; какимъ же образомъ отрицаніе права, и притомъ не въ силу требованія общей воли, т. е. закона, а въ силу индивидуальныхъ личныхъ условій, сдѣлается правомъ? Праву соотвѣтствуетъ обязанность; такимъ образомъ, я обязанъ отказаться отъ всякаго моего частнаго права, какъ скоро оно коллизируетъ съ чьею либо жизнью; для ея спасенія, по этой теоріи, я долженъ безпрекословно уступить не только имущество, но и мою свободу, честь, даже здоровье; но такого рѣшенія не даютъ ни законъ, ни жизнь (1); равно какъ ни одинъ судъ не признаетъ наказуемымъ спасеніе жизни на счетъ чужой жизни, что, однако, будучи послѣдовательною, должна признать эта школа. При крайней необходимости вредъ, грозящій одному правоохраненному интересу, переносится на другой столь же правоохраненный интересъ; поэтому въ этомъ случаѣ можно говорить только о непреступности дѣянія, а не объ его правомѣрности.

458. Совершенно иного рода соображенія о непреступности дѣяній, учиненныхъ въ силу необходимости, даютъ теоріи субъективныя, въ свою очередь представляющія нѣсколько оттѣнковъ.

Такъ, еще Кантъ училъ, что никакая нужда не можетъ сдѣлать преступное непреступнымъ; но если сталкивается жизнь съ жизнью, то убійство одного другимъ становится не наказуемымъ, такъ какъ при такой коллизіи уголовный законъ безсиленъ; наказаніе, которымъ онъ угрожаетъ, не можетъ быть сильнѣе потери жизни: угроза зломъ возможнымъ не можетъ превысить зла дѣйствительнаго; а самое дѣяніе, совершенное въ состояніи необходимости, хотя и остается фактомъ преступнымъ, но перестаетъ

---

(1) Обстоятельныя возраженія противъ «права нужды» даетъ Janka, стр. 142 и сл.; у него подробно изложено ученіе Кестлина; Binding, Handbuch, стр. 763.

быть наказуемымъ (factum non inculpabile quidem, sed impunibile). Эта теорія безсилія уголовной угрозы нашла себѣ много послѣдователей, и въ особенности была развита Фейербахомъ (¹), который на возможности устрашенія наказаніемъ основалъ всю свою теорію вмѣненія и наказуемости. Вмѣняемымъ можетъ быть признано только лицо, способное опредѣлятъся въ своихъ дѣйствіяхъ угрозою уголовнаго закона; необходимость, уничтожая возможность такой опредѣляемости, уничтожаетъ вмѣняемость. Но несомнѣнно, что такое обоснованіе непреступности данной группы дѣяній является фиктивнымъ; примѣняя этотъ принципъ буквально, мы ограничимъ область необходимости крайне ничтожнымъ количествомъ случаевъ, такъ какъ даже при опасности, угрожающей жизни, далеко не всегда теряется самообладаніе и сознаніе (²).

Рядомъ съ теоріею невмѣняемости явилась другая субъективная теорія, считающая еще болѣе защитниковъ и соединяющая теорію Канта съ ученіемъ о невмѣняемости. Несвободныя дѣйствія, говоритъ Филанджіери, конечно не могутъ быть вмѣняемы; но къ такимъ дѣяніямъ могутъ быть въ строгомъ смыслѣ причисляемы только дѣянія, учиненныя подъ вліяніемъ физическаго принужденія; въ состояніи же необходимости для дѣйствующаго остается выборъ между различными побужденіями, между пожертвованіемъ собственнымъ благомъ и нарушеніемъ правоохраненнаго интереса; но такъ какъ и здѣсь принужденіе направляетъ необходимо выборъ въ пользу нарушенія, то въ этомъ смыслѣ и это принужденіе уничтожаетъ вмѣненіе. Съ точки зрѣнія морали, такой выборъ можетъ заслуживать порицанія, но гражданскіе законы не могутъ требовать отъ человѣка совершенства, нельзя наказывать человѣка за то, что онъ не обладаетъ особою душевною силою, геройствомъ; а потому дѣянія, совершенныя по необходимости, не могутъ подлежать уголовной репрессіи (³).

(¹) Эту теорію приняли многіе кодексы и теоретики, даже не раздѣлявшіе доктрины Фейербаха, какъ, напр., Rosshirt, Tittmann, Mittermayer, Geyer, который въ Grundriss говоритъ: въ этихъ случаяхъ или дѣйствительно существуетъ невмѣняемость, или она фиктивно допускается государствомъ.

(²) Вѣрныя замѣчанія дѣлаетъ по этому поводу Janka, § 26—30.

(³) Scienza della legislazione, въ нѣмецкомъ переводѣ, IV, стр. 253 и сл. Къ этой теоріи примкнули: Wächter, sächs. Strafr., а также—въ Vorlesungen, § 56,

Но и сторонникамъ этого ученія можно сдѣлать тотъ же упрекъ, какъ и защитникамъ кантовской теоріи: перенося вопросъ на почву вмѣненія и вмѣняемости, они тѣсно связываютъ все рѣшеніе вопроса съ доктриною свободной воли. Если мы признаемъ, что человѣкъ обладаетъ личною свободою выбора между добромъ и зломъ, что онъ, по своему произволу, выбираетъ преступный путь, что вмѣненіе и отвѣтственность обусловливаются наличностью этой свободы и произвола, то понятно, что принужденіе со стороны силъ природы или человѣка, крайняя необходимость, уничтожаетъ вмѣняемость; но постановка вопроса измѣняется, какъ скоро мы признаемъ законъ достаточной причины основою человѣческихъ дѣйствій и подчиненіе преобладающему мотиву ихъ естественнымъ признакомъ. При этомъ взглядѣ, мы не можемъ относить ученіе о крайней необходимости къ числу причинъ, устраняющихъ бытіе преступной воли и вмѣненіе, наравнѣ съ физическимъ принужденіемъ и случаемъ; лицо, посягающее на чье либо право подъ вліяніемъ принужденія, въ значительномъ большинствѣ случаевъ, дѣйствуетъ сознательно и волимо, т. е.

Geib; многіе соединяли ее съ теоріею невмѣняемости, какъ Rossi, F. Hélie, Haus, Garraud. Къ этой же группѣ примыкаетъ и Н. Сергѣевскій, въ «пособіяхъ», стр. 323 и сл., такъ какъ онъ разсматриваетъ это ученіе въ числѣ причинъ, уничтожающихъ вмѣненіе, наравнѣ съ случаемъ и физическимъ принужденіемъ, выходя изъ того положенія, что «дѣйствующій былъ лишенъ возможности руководствоваться нормами закона» (стр. 321); но это положеніе, если признать лишеніе такой возможности абсолютною—будетъ фактически не вѣрнымъ, а если признать лишеніе возможности въ смыслѣ подчиненія преобладающему мотиву (что и дѣлаетъ авторъ на стр. 325), будетъ составлять, по теоріи самаго же Сергѣевскаго, нормальный видъ вмѣняемыхъ дѣяній, а вовсе не условіе, исключающее таковое. Дальнѣйшія же замѣчанія автора (стр. 326) о томъ, что расширеніе института крайней необходимости, къ чему стремятся всѣ новыя законодательства и доктрина (ср. Binding, стр. 756, пр. 8), весьма нежелательно, такъ какъ это свидѣтельствуетъ объ упадкѣ духа и ослабленіи чувства законности гражданъ, представляются, по моему мнѣнію, весьма обобщенными, а потому мало доказательными: на мою собаку напалъ чужой бульдогъ и грозитъ ее загрызть, почему, защищая мою собаку, я проявлю упадокъ гражданскаго духа? Меня заперли умышленно въ чужой квартирѣ, изъ которой я могу освободиться, только сломавъ чужой замокъ, неужели же я не долженъ этого дѣлать, какія бы не произошли отъ этого послѣдствія для моихъ интересовъ, такъ какъ этимъ я проявлю ослабленіе чувства законности? Впрочемъ, далѣе (на той же страницѣ), самъ авторъ признаетъ необходимымъ расширить этотъ институтъ, сравнительно съ дѣйствующимъ правомъ, допустивъ охрану всѣхъ правъ и благъ какъ личныхъ, такъ и имущественныхъ.

умышленно; наличность специальнаго мотива—защита угрожаемаго блага, можетъ устранять вмѣненіе только при тѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, для состава коихъ требуется наличность какой либо особой цѣли; но это условіе не имѣетъ никакого значенія во всѣхъ прочихъ случаяхъ.

459. Такимъ образомъ, юридическихъ основаній ненаказуемости дѣяній, учиненныхъ въ состояніи крайней необходимости, нельзя искать ни въ уничтоженіи способности опредѣляться къ дѣйствію, ни въ принудительности выбора; они заключаются въ юридическихъ свойствахъ такого дѣйствія, дѣлающаго его непреступнымъ (1).

Посягательство на нормы права или на правоохраненный интересъ несомнѣнно существуетъ при защитѣ интересовъ или вообще при дѣйствіи въ состояніи необходимости; мое посягательство на право неповинныхъ лицъ не является подмогою государственной дѣятельности, а, съ общественной точки зрѣнія, является перенесеніемъ вреда съ одного субъекта на другой, пользующійся равномѣрно государственною охраною; на этомъ основаніи охрана интереса при крайней необходимости, какъ было замѣчено выше, не можетъ разсматриваться, какъ право.

Но въ то же время эта охрана рѣзкими чертами отличается отъ правонарушительныхъ или преступныхъ дѣйствій, такъ такъ подобное посягательство вызывается особенными условіями, въ которыя поставленъ интересъ, пользующійся правоохраною, вызывается охраною его противъ неправомѣрнаго нападенія и въ этомъ отношеніи является элементомъ борьбы за право, необходимымъ его атрибутомъ (2).

(1) Эта теорія была намѣчена Luden'омъ, Abhandlungen, II, стр. 500; къ сторонникамъ этого взгляда можно причислить: H. Meyer, Hälschner, Janka, Liszt, Binding, хотя въ частностяхъ они значительно расходятся другъ съ другомъ.

(2) Hälschner, Strafrecht, № 195, замѣчаетъ, что тамъ, гдѣ для спасенія высшаго блага жизни посягаютъ на чье либо маловажное право, дѣяніе хотя и нарушаетъ формальное право, но соотвѣтствуетъ основной цѣли права и охранѣ общаго благосостоянія, соотвѣтствуетъ справедливости; Liszt, стр. 133, даже говоритъ: «состояніе необходимости исключаетъ не только наказуемость, но и противозаконность дѣянія; дѣйствіе, учиненное по необходимости, представляется не только не наказуемымъ преступленіемъ, но непротивуправнымъ дѣяніемъ».

Съ другой стороны, если подобная охрана и содержитъ въ себѣ всѣ элементы умышленной вины, то, однако, несомнѣнно, что въ ней не заключается условій, оправдывающихъ примѣненіе наказанія. Защищавшійся не руководился ни злобою, ни местью, ни корыстью: онъ не хотѣлъ выразить неуваженія къ требованіямъ права и юридическаго порядка; его нельзя даже упрекнуть въ неблагоразуміи; онъ былъ проникнутъ однимъ страхомъ за свое существованіе, однимъ желаніемъ охранить свои интересы. Правда, стоическая мораль учитъ скорѣе претерпѣть зло, чѣмъ повредить другому; но право, какъ справедливо говорятъ сторонники субъективной теоріи, не можетъ требовать такого героизма отъ обыкновенныхъ людей (1), а потому примѣненіе наказанія къ дѣяніямъ, учиненнымъ подъ вліяніемъ принужденія, отъ неодолимой силы происходящаго, было бы безцѣльно и съ точки зрѣнія преступника, и въ интересахъ общества. На основаніи этого, государство отказывается отъ требованія соблюденія установленныхъ имъ нормъ, какъ скоро посягательство на нихъ опредѣляется дѣйствительною необходимостью.

460. Признавая такимъ образомъ дѣянія, учиненныя въ состояніи необходимости, не преступными, хотя и неправомѣрными, мы точно должны опредѣлить юридическія границы такой защиты.

Въ западно-европейскихъ кодексахъ постановка ученія о крайней необходимости представляется и разнообразною, и далеко не вполнѣ удовлетворительною.

Такъ, французскій кодексъ въ ст. 64 говоритъ только о дѣйствіяхъ, совершенныхъ подъ вліяніемъ принужденія отъ непреодолимой силы, которой дѣйствующій не могъ сопротивляться; эти постановленія повторяетъ и бельгійское уложеніе. При этомъ нѣкоторые изъ комментаторовъ относятъ статью 64-ю только къ психической угрозѣ, а другіе распространяютъ на всѣ случаи,

---

(1) Этотъ принципъ выразилъ и народъ въ своихъ поговоркахъ: «для нужды законъ не писанъ»; «нужда—лиха и голодъ—не тетка, а голодный и архіерей украдетъ». То же говорило и народное нѣмецкое право: «Noth hat kein Gebot».

въ коихъ блага защищающагося подвергаются опасности; принужденіе отъ силы физической признается исключающимъ отвѣтственность безусловно, а для освобожденія отъ наказанія за дѣяніе, совершенное подъ вліяніемъ угрозы или нравственнаго давленія, доктрина требуетъ, чтобы это давленіе достигло высшаго напряженія, а нѣкоторые писатели идутъ еще далѣе и различаютъ угрозу личнымъ правамъ и угрозу правамъ имущественнымъ, и только первый видъ угрозы считаютъ дѣйствительно неодолимою силою, такъ какъ только страхъ смерти или тяжкаго зла физическаго можетъ на столько подчинить волю, чтобы принудить ее къ преступленію. Точно также и голландскій кодексъ (§ 40) довольствуется общимъ положеніемъ, что не наказуемъ тотъ, кто былъ вынужденъ къ дѣянію непреодолимою силою (¹).

Германское уложеніе даетъ подробныя правила о крайней необходимости, отдѣляя при томъ необходимость, создаваемую силами природы (§ 54), отъ угрозъ или принужденія отъ злой воли человѣка (§ 52), но считая однако защиту жизни или здоровья своего или лицъ близкихъ и въ томъ и другомъ случаѣ непреступнымъ дѣяніемъ (²); тоже различіе сохраняетъ и кодексъ венгерскій (§§ 77—80).

461. Въ нашемъ правѣ (³) постановленія о крайней необходимости явились только въ весьма отрывочныхъ постановленіяхъ уложенія Царя Алексѣя Михайловича (глава X, ст. 282 и 283), «а кто собаку убьетъ ручнымъ боемъ, бороняся отъ себя, и ему за ту собаку не платить и въ вину ему того не ставить», и воинскаго устава Петра Великаго (арт. 154, 180, 198), въ особенности о кражѣ изъ крайней голодной нужды съѣстнаго или иного чего не великой цѣны, когда наказаніе «обыкновенно умаляется и весьма

(¹) Ср. Ortolan, Eléments, № 373, Haus, principes, № 536, Garraud, № 142.

(²) Постановленія германскаго кодекса дополняются спеціальными законами: Seemansordnung, отъ 27 Дек. 1872 г., §§ 32 и 35; Handelsgesetzbuch, §§ 702, 708; правила о предосторожностяхъ при судоходствѣ 1871 г. Нѣмецкіе криминалисты находятъ постановленія кодекса и невѣрными, и неполными, въ виду того, что практика должна для пополненія пробѣловъ закона прибѣгать къ аналогіи; въ особенности жесткую критику кодекса даетъ Биндингъ, стр. 756.

(³) Ср. мой курсъ, I, № 160, и приведенныя тамъ литературныя указанія.

оставляется». Въ силу этого, и постановленія свода законовъ (ст. 141 п. 2 и 147, по изд. 1842 г.) были крайне неопредѣленны и противорѣчивы; эта неопредѣленность перешла и въ уложеніе, которое въ ст. 100 говоритъ, что учинившему противозаконное дѣяніе вслѣдствіе непреодолимаго къ тому отъ превосходящей силы принужденія и токмо для избѣжанія непосредственно грозившей его жизни въ то самое время неотвратимой другими средствами опасности, содѣянное имъ также не вмѣняется въ вину. Уставъ о наказ. (ст. 10 п. 4) говоритъ только о принужденіи отъ непреодолимой силы, оставляя это понятіе безъ всякаго опредѣленія.

Проектъ уголовнаго уложенія (ст. 38) въ этомъ отношеніи существенно отступаетъ отъ дѣйствующаго права, говоря, что не почитается преступнымъ дѣяніе, учиненное для спасенія жизни своей или другаго лица отъ происшедшей, вслѣдствіе незаконнаго принужденія или иной причины, опасности, въ то самое время другимъ средствомъ неотвратимой. При тѣхъ же условіяхъ не почитается преступнымъ и дѣяніе, учиненное для спасенія здоровья, свободы, цѣломудрія или иного личнаго или имущественнаго блага, если учинившій имѣлъ достаточное основаніе считать причиняемый имъ вредъ маловажнымъ, сравнительно съ спасаемымъ благомъ.

462. Переходя къ анализу условій крайней необходимости, мы должны, прежде всего, разсмотрѣть условія нападенія.

Причинами, создающими опасность, могутъ быть слѣдующія:

1) Стихійныя силы природы—огонь, вода; такимъ образомъ, напр., подъ состояніе крайней необходимости подойдутъ дѣйствія капитана корабля, распорядившагося во время бури, для спасенія судна и экипажа, выбросить въ море товары, бывшіе на кораблѣ; дѣйствія владѣльца дома, угрожаемаго пожаромъ, сламывающаго примыкающій къ его дому сарай другаго владѣльца, хотя бы помимо воли этого владѣльца.

2) Нападеніе животнаго, когда я, защищаясь отъ нападенія быка, стаи волковъ и т. п., жертвую чьимъ либо имущественнымъ правомъ или даже чьимъ либо личнымъ правомъ, здоровьемъ, даже жизнью.

3) Физіологическіе или, общнѣе, біологическіе процессы, совершающіеся въ самомъ дѣятелѣ, если только принужденіе, ими

оздаваемое, сохраняетъ характеръ принужденія психическаго, а е физическаго; таковы, напр., случаи покражи съѣстныхъ припасовъ для спасенія отъ голодной смерти и т. д.

4) Дѣйствія лица, не находящагося въ состояніи вмѣняемости, дѣйствія пьянаго, умалишеннаго, находящагося въ безсознательномъ состояніи, предполагая, конечно, что защита аправляется противъ третьихъ лицъ, а не противъ самого напаающаго.

5) Злоумышленныя чьи либо дѣйствія (1).

463. Въ тѣхъ случаяхъ, когда опасность создается злою волею еловѣка, мы можемъ различать два оттѣнка: а) нападающій розитъ моимъ благамъ и правамъ непосредственно, такъ что я ахожусь въ положеніи, совершенно аналогичнымъ съ обороною, о, защищаясь, причиняю вредъ не тому, кто нападаетъ, а третьмъ лицамъ: на меня бросился кто либо, грозя нанести ударъ, а я, мѣсто себя, подставилъ подъ ударъ попавшагося подъ руку осѣда, или, спасаясь отъ убійцы, я насильно вломился въ чужое илище и т. д.; или же б) нападающій грозитъ моимъ правамъ словно, требуя отъ меня совершенія какого либо дѣйствія, наруающаго чье либо право или вообще требованіе закона. Это словіе можетъ быть указано нападающимъ или въ общихъ ертахъ, какъ причиненіе кому либо зла, насилія, или можетъ ыть спеціализировано, съ опредѣленіемъ рода и вида требуемаго акономъ нарушенія права. Средствами такого принужденія могутъ ыть или угрозы словесныя, или письменныя, или же физиескія мученія, пытки, продолжительное лишеніе свободы и т. д., редполагая, конечно, что насиліе не перешло въ принужденіе изическое, когда учинившій зло былъ простымъ физическимъ

(1) Нѣкоторые французскіе криминалисты, какъ, напр., Trébutien, F. Hélie, различаютъ еще causes extérieures à l'agent и causes intérieures, относя къ послѣднимъ ліяніе страстей и аффектовъ, но не придавая, впрочемъ, этому различію никакого рактическаго значенія. Въ нашей литературѣ такую же попытку сдѣлалъ, но райне неудачно, Лохвицкій, курсъ, стр. 126, относя, напр., къ силамъ внутреннимъ голодъ и допуская ссылку на необходимость только при отвращеніи опасности, происходящей отъ силъ внѣшнихъ.

орудіемъ въ рукахъ другаго, когда его рукою подписывали вексель, наносили удары и т. д.

Принужденіе психическое многіе теоретики (1) и кодексы (2) разсматриваютъ какъ самостоятельный институтъ, отличный отъ состоянія крайней необходимости; но внимательное разсмотрѣніе случаевъ сего рода приводитъ къ юридическому отождествленію этихъ понятій (3). Если я принуждаю кого нибудь къ преступному дѣянію, то я ставлю для него дилемму: или отказаться отъ какого либо своего блага или права, пострадать, или посягнуть на чужое право, т. е. ставлю его въ такія условія, которыя составляютъ характеристическій признакъ крайней необходимости.

Дѣйствующее наше уложеніе не знаетъ этого различія; точно такъ же и проектъ объединилъ состоянія принужденія и необходимости и принятая имъ система вызвала полное одобреніе нѣмецкихъ ученыхъ (4).

---

(1) Такъ, изъ новыхъ криминалистовъ за такое раздѣленіе высказались Köstlin, Levita, Marquardsen, Geib, Schaper; изъ нашихъ криминалистовъ— Спасовичъ, стр. 145; Кистяковскій въ § 200—иначе въ § 202; иначе въ § 211 противъ попытки такого дѣленія высказался еще Фейербахъ, § 91; въ особенности Wächter, sächs. Strafr., стр. 356—358, 383 и сл.; Janka, стр. 208 и сл. Stammler, стр. 6; Geyer, Grundriss, стр. 106; Hälschner, стр. 493; Liszt, стр. 133 Binding, стр. 768, пр. 34, называетъ такое различіе безсмыслицей, получившей право гражданства.

(2) Венгерское уложеніе различаетъ притомъ дѣйствія, совершенныя подъ вліяніемъ *непреодолимой силы* или угрозы (§ 77), и дѣйствія, совершенныя въ состояніи крайней необходимости, для спасенія жизни (§ 80).

(3) Самое различіе выраженій «принужденіе» и «необходимость» зависитъ только отъ различныхъ точекъ зрѣнія на одно и то же явленіе. Разсматривая дѣйствія даннаго лица по отношенію къ причинѣ, ихъ вызвавшей, мы говоримъ о принужденіи, а разсматривая тѣ же дѣйствія по отношенію къ ихъ результатамъ мы говоримъ о необходимости; необходимость вызывается принужденіемъ, принужденіе создаетъ необходимость. Ср. также Glaser, über strafbare Drohungen въ его Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1858 г. Для любопытнаго вопроса о гражданскихъ послѣдствіяхъ принужденія—Schliemann, die Lehre vom Zwange 1861 г.; Schlossmann, zur Lehre vom Zwange, 1874 г.; также Savigny, System, III стр. 101 и сл.

(4) Такъ, проф. Листъ, сводъ замѣчаній, III, стр. 250, указываетъ на статью 38 проекта, какъ на образцовую, достойную подражанія; проф. Гейеръ, въ разборѣ проекта въ Zeitschrift, стр. 207, говоритъ, что постановленія ст. 38 заслуживаютъ предпочтенія не только предъ системою германскаго кодекса, но и позднѣйшаго австрійскаго проекта.

464. Такъ же, какъ и при необходимой оборонѣ, ссылка на необходимость теряетъ юридическую силу, какъ скоро грозящее намъ лишеніе или ограниченіе въ правахъ было результатомъ чьихъ либо законныхъ или правомѣрныхъ дѣйствій. Хозяинъ описываемаго по судебному приговору имущества, подмѣнившій свое имущество чужимъ, не можетъ ссылаться на крайнюю необходимость; арестантъ, совершившій какія либо насильственныя дѣйствія надъ стражею для самоосвобожденія, не можетъ ссылаться на то, что онъ былъ вынужденъ къ этому необходимостью спасти свою свободу.

Труднѣе становится вопросъ въ томъ случаѣ, когда опасное положеніе было вызвано самимъ лицомъ, потомъ въ свое оправданіе сославшимся на необходимость. Въ противоположность оборонѣ, безотвѣтственность возможна здѣсь только въ рѣдкихъ случаяхъ, такъ какъ, по моему мнѣнію, здѣсь нужно руководствоваться общими началами объ умыслѣ и неосторожности ([1]).

Такимъ образомъ, если данное лицо хотя и вызвало опасность своими дѣйствіями, но при такихъ условіяхъ, что оно не только не предвидѣло, но и не могло предвидѣть этой опасности, оно можетъ оправдываться необходимостью. Въ такомъ положеніи, напр., будетъ находиться лицо, случайно поджегшее чей либо домъ и потомъ, для спасенія своей жизни, учинившее посягательство на чье либо право, или человѣкъ, прокутившій свое имущество, а затѣмъ оказавшійся въ состояніи голодной нужды.

Если же данное лицо могло или должно было предвидѣть, что оно поставитъ себя въ такое положеніе, изъ котораго возможенъ только одинъ выходъ путемъ правонарушенія, то результаты его дѣйствія могутъ быть ему вмѣнены въ вину неосторожную; такъ, если кто нибудь, безразсудно раскачавъ лодку, уронилъ въ воду и себя, и своего спутника, и затѣмъ, спасая себя, утопилъ другаго, то онъ можетъ отвѣчать за неосторожное лишеніе жизни.

Наконецъ, если, совершая извѣстное дѣйствіе, виновный вполнѣ

([1]) Нѣкоторые кодексы, какъ, напр., германскій, ставятъ незаслуженность опасности прямымъ условіемъ крайней необходимости (unverschuldeten Nothstand). Ср. по этому поводу—Wächter, sächs. Strafrecht, стр. 373—378; Geib, стр. 223; Binding, Normen, II, стр. 203; Janka, § 52.

предвидѣлъ всѣ его послѣдствія и сознательно поставилъ себя въ такое положеніе, чтобы посягнуть на чье либо право и затѣмъ сослаться на состояніе необходимости, какъ на причину, устраняющую преступность содѣяннаго, то такая симулированная необходимость не можетъ устранить наказуемости за учиненный умышленный вредъ.

465. Опасность должна быть дѣйствительная и неотвратимая никакими иными средствами, уклоненіемъ отъ опасности, бѣгствомъ, призывомъ на помощь, такъ какъ иначе не можетъ быть оправдано вторженіе въ сферу чужихъ правъ или нарушеніе закона; не нужно забывать, что здѣсь нѣтъ защиты права противъ неправа, какъ при оборонѣ.

Оцѣнка же наличности такого условія можетъ быть сдѣлана только по обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго случая и притомъ съ точки зрѣнія лица, подвергавшагося опасности, принимая во вниманіе всѣ психическія особенности того состоянія, въ которомъ онъ находился (1).

466. Переходя къ вопросу о благахъ, защищаемыхъ въ состояніи необходимости, мы также встрѣтимъ въ кодексахъ, и притомъ даже въ новѣйшихъ, крайнее разнообразіе (2).

Такъ, германское уложеніе допускаетъ ссылку на необходимость при защитѣ тѣла или жизни (Leib und Leben) (3); венгерское въ статьѣ о крайней необходимости говоритъ только о защитѣ жизни, а при психическомъ принужденіи—жизни и тѣлесной неприкосновенности (körperliches Wohl); по французскому, бельгійскому и голландскому кодексамъ, видящимъ въ этомъ состояніи одну изъ причинъ невмѣняемости, ссылка допускается при защитѣ всякаго блага; хотя нельзя не прибавить, какъ было уже указано выше, что большинство французскихъ комментаторовъ при психическомъ

---

(1) Кистяковскій, § 211, замѣчаетъ, что ссылка на необходимость не имѣетъ силы, если опасность можно было отвратить обороною.

(2) Ср. указанія въ моемъ курсѣ, I, № 168.

(3) Нѣмецкіе комментаторы придаютъ слову «Leib» чрезвычайно широкое значеніе, относя къ необходимости всякое насильственное посягательство на лицо; ср. Binding, стр. 770.

принужденіи допускаютъ оправдательную ссылку только при защитѣ жизни и здоровья.

Дѣйствующее наше уложеніе упоминаетъ только о защитѣ жизни, а проектъ уголовнаго уложенія, рядомъ съ защитою жизни, ставитъ охрану здоровья, свободы, цѣломудрія, а равно и всякаго инаго личнаго или имущественнаго блага.

Система проекта, и съ теоретической, и съ практической точки зрѣнія, представляется, по моему мнѣнію, болѣе цѣлесообразною. Ограниченіе права охраны извѣстными категоріями благъ всегда будетъ произвольно и поведетъ къ постояннымъ нарушеніямъ на практикѣ. Отсутствіе преступности воли и создаваемая этимъ безцѣльность наказанія могутъ встрѣтиться при защитѣ всякихъ личныхъ и имущественныхъ правъ. Я, безспорно, могу лишить другаго жизни, спасая себя; но буду ли отвѣчать я за то, что толкнулъ или уронилъ кого либо, защищая себя отъ увѣчья? Можно ли признать преступною женщину, которая, защищая себя отъ изнасилователя, выломала дверь въ чужую квартиру? Будетъ ли отвѣчать хозяинъ какого либо дома, который, защищая его отъ пожара, разрушитъ примыкающую къ нему постройку сосѣда? Очевидно, что никакой судъ не рѣшится подвергнуть уголовной отвѣтственности лицо, находящееся въ подобныхъ условіяхъ (1).

(1) См. весьма обстоятельныя соображенія въ пользу такой постановки вопроса у Hälschner, Strafrecht, § 158. «Кругъ юридическихъ благъ, могущихъ быть охраняемыми безнаказанно въ состояніи крайней необходимости, долженъ быть расширенъ, ибо нѣтъ достаточнаго основанія изъять какое либо юридическое благо отъ такой охраны. Этимъ путемъ законъ пришелъ бы къ единенію съ жизненными потребностями и практикою... если неудовлетворительность закона остается незамѣтною, то только потому, что, вопреки закону, никому не приходитъ въ голову возбуждать уголовное преслѣдованіе за правонарушеніе, учиненное въ условіяхъ крайней необходимости». См. также поучительные примѣры у Binding, Handbuch, стр. 771: «Можетъ ли хозяинъ, у котораго загорѣлся домъ, перелѣзть самовольно къ сосѣду черезъ заборъ, чтобы изъ колодца достать воду; можно ли въ томъ городѣ или мѣстечкѣ, гдѣ запрещено возить телѣжки съ поклажею или дѣтскія колясочки по тротуарамъ, въѣхать на тротуаръ, когда улица загорожена опрокинувшимся возомъ, или когда по улицѣ несутся лошади; можно ли достать безнаказанно изъ чужаго засѣяннаго поля шляпу, занесенную туда вѣтромъ»? При этомъ Биндингъ прибавляетъ, стр. 765, пр. 30, что «ни въ какомъ случаѣ не надо забывать, что понятіе объ уголовной преступности или непреступности дѣянія, учиненнаго по необходимости, не имѣетъ ничего общаго съ вопросомъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, такъ какъ въ современномъ правѣ уплата убытковъ можетъ быть даже послѣдствіемъ исполненія обязанности».

467. При оборонѣ, наравнѣ съ защитою собственныхъ благъ, стоитъ охрана другихъ лицъ, примѣняется ли это начало и къ крайней необходимости, или же это состояніе можетъ оправдывать только самозащиту?

При мнѣ на ребенка напала собака или быкъ, я бросился его защищать и убилъ животное; спасая одного изъ утопающихъ, я, по необходимости, оттолкнулъ другаго и тѣмъ лишилъ его возможности спастись; докторъ, по требованію беременной, въ виду невозможности естественнаго родоразрѣшенія, сдѣлалъ перфорацію и, слѣдовательно, умертвилъ младенца; капитанъ корабля при кораблекрушеніи выкинулъ часть груза, чтобы спасти остальное,— можно ли признать всѣ эти дѣйствія преступными? Не существуютъ ли и здѣсь тѣ же условія, которыя вообще устраняютъ преступность дѣяній, учиненныхъ въ состояніи крайности?

Указаніе, дѣлаемое нѣкоторыми авторами (1) на то, «что такое расширеніе несогласно съ юридическимъ строемъ человѣческаго общежитія», что «признать такое начало, значило бы отдать права и блага гражданъ въ распоряженіе первому встрѣчному, который пожелалъ бы спасать другихъ отъ бѣды на чужой счетъ»,—было бы справедливо, если бы дѣло шло не объ исключительныхъ случаяхъ необходимости и защита не имѣла никакихъ границъ и предѣловъ. При этихъ же условіяхъ трудно сказать, почему я могу пожертвовать чьими либо интересами для спасенія меня лично, но не могу этого сдѣлать для спасенія моего ребенка, жены (2)? Нельзя

(1) Проф. Н. Сергѣевскій въ «пособіяхъ», стр. 327, а также въ статьѣ объ общей части проекта въ журн. гражд. и угол. права за 1883 г., стр. 129.

(2) Къ этому г. Сергѣевскій присоединяетъ такое замѣчаніе, что «религія и нравственность могутъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, оправдать даже вторженіе съ этою цѣлью въ сферу правъ посторонняго лица; но законъ государственный признать общимъ правиломъ такое положеніе вещей не можетъ». Слѣдовательно, по этому взгляду могутъ быть случаи помощи третьимъ лицамъ вполнѣ нравственные, но тѣмъ не менѣе наказуемые, а по теоріи, мною защищаемой, ставится обратное положеніе, что могутъ быть случаи помощи третьимъ лицамъ, признаваемые непреступными, хотя и не одобряемые, даже порицаемые съ точки зрѣнія нравственности; въ пользу послѣдней постановки вопроса, казалось бы, можно привести и то положеніе, что нравственная доблесть не образуется и не укрѣпляется наказаніемъ, а ея развитіе зависитъ отъ общаго строя государственной жизни, отъ нравственнаго и общественнаго воспитанія гражданъ.

не обратить вниманіе на то, что говоритъ по этому поводу такой строгій моралистъ, какъ Гельшнеръ (стр. 501): «слѣдуетъ уничтожить то ограниченіе, въ силу коего правонарушеніе является не наказуемымъ только въ случаѣ защиты собственныхъ интересовъ или интересовъ близкихъ лицъ. Самоотверженное спасеніе совершенно чужаго спасающему человѣка стоитъ гораздо выше въ нравственномъ отношеніи, чѣмъ спасеніе себя или дорогихъ лицъ, а слѣдовательно, юридическое основаніе ненаказуемости дѣйствія пріобрѣтаетъ здѣсь большую силу».

Наше дѣйствующее уложеніе, французскій и бельгійскій кодексы не содержатъ никакихъ указаній по этому вопросу. Напротивъ того, кодексы германскій и венгерскій допускаютъ защиту нѣкоторыхъ, прямо въ законѣ указанныхъ близкихъ лицъ (Angehörige): родственниковъ, свойственниковъ, обрученныхъ, опекуновъ; наконецъ, кодексъ голландскій, а равно и нашъ проектъ уголовнаго уложенія допускаютъ вообще охрану другихъ лицъ, если только они находились дѣйствительно въ состояніи крайней необходимости.

Эта послѣдняя система заслуживаетъ, по моему мнѣнію (1), предпочтенія, такъ какъ всякія попытки ограниченія круга близкихъ лицъ въ самомъ законѣ представляются совершенно произвольными и формальными, а установленіе признаковъ близости по обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго случая оказывается практически неосуществимымъ (2).

Законъ допускаетъ охрану правъ, положимъ, родителей, брата, сестры, а обвиняемый въ данномъ случаѣ спасалъ стараго друга, который, по пословицѣ, былъ для него дороже отца роднаго, поспѣшилъ на помощь своему двоюродному брату, женщинѣ, съ которой онъ жилъ много лѣтъ, хотя и внѣ брака, наконецъ, спасалъ просто хорошенькую женщину, не справившись о степени близости существующихъ между ними отношеній.

---

(1) Того же мнѣнія держатся: Wächter, Hälschner, Berner, Janka, H. Meyer, Haus. Можно представить себѣ даже такіе случаи, когда лица, которымъ грозитъ опасность, неопредѣленны, напр. при экспропріаціи или при конфискаціи хлѣбныхъ запасовъ во время голода.

(2) Въ состояніи необходимости, замѣчаетъ Бернеръ, стр. 101, нѣтъ ни времени, ни возможности, припомнить и примѣнить реестръ близости, установленный законодателемъ.

468. Охранительныя дѣйствія при крайней необходимости съ ихъ внѣшней стороны могутъ быть сведены къ двумъ категоріямъ. Къ первой группѣ относится нарушеніе велѣній закона безъ причиненія вреда чьему либо частному праву; хотя о случаяхъ этого рода обыкновенно не упоминаютъ при изложеніи ученія о необходимости, но они весьма нерѣдко встрѣчаются въ практикѣ: если женщина, подъ вліяніемъ угрозы лишить ее жизни, или въ силу тяжкихъ физическихъ мученій, вступаетъ въ кровосмѣсительную связь, то она въ свое оправданіе можетъ сослаться только на необходимость; если лицо, спасающееся отъ собаки, перелѣзло черезъ заборъ общественнаго сада въ то время, когда входъ въ него воспрещенъ, то оно оправдывается необходимостью и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ нарушеніе закона не будетъ наказуемо, такъ какъ оно возникло единственно вслѣдствіе отвращенія опасности, грозившей обвиняемому и инымъ путемъ неотвратимой. При этомъ такая ссылка равно возможна, какъ при тяжкихъ преступленіяхъ, такъ и при маловажныхъ нарушеніяхъ, гдѣ даже выдвигается на первый планъ объективная природа дѣянія; особенно часто можетъ встрѣтиться такая ссылка при преступномъ бездѣйствіи. Ко второй группѣ относятся тѣ случаи, когда нарушеніе закона, учиненное въ силу необходимости, сопровождалось вредомъ для частныхъ лицъ, причемъ вредъ этотъ можетъ быть крайне разнообразенъ, начиная отъ незначительныхъ имущественныхъ поврежденій и кончая посягательствомъ на жизнь.

469. И въ томъ, и въ другомъ случаѣ, защита должна имѣть извѣстныя границы; но особенное значеніе получаетъ этотъ вопросъ при случаяхъ второй группы, когда, защищая одинъ правоохраненный интересъ, мы переносимъ вредъ на другой, пользующійся такою же юридическою охраною. При этомъ границы защиты при крайней необходимости ставятся нѣсколько иначе, чѣмъ при необходимой оборонѣ. Предѣлы обороны, какъ мы видѣли, опредѣляются исключительно размѣромъ и силою нападенія; здѣсь этотъ масштабъ не имѣетъ никакого значенія, такъ какъ рѣчь идетъ о вторженіи въ сферу правъ третьихъ лицъ, о нападеніи на неповинныхъ; сила и размѣръ нападенія могутъ служить только доказательствомъ бытія дѣйствительнаго, неотвратимаго, грозящаго защищавшемуся зла,

но не болѣе. Границы, слѣдовательно, приходится искать въ другомъ условіи, а именно, въ значеніи для государства совершившейся замѣны нарушенія одного охраняемаго интереса посягательствомъ на другой, и прежде всего въ опредѣленіи соотношенія между благомъ охраняемымъ и нарушаемымъ.

Въ этомъ отношеніи для государства не можетъ быть безразличнымъ перенесеніе вреда съ маловажнаго права на важное: защита, напр., имущества путемъ лишенія кого либо жизни. При такихъ условіяхъ государство можетъ потребовать отъ гражданъ, чтобы они отказались отъ личнаго интереса въ пользу чужаго высшаго блага и въ случаѣ неисполненія ими этого требованія можетъ подвергнуть ихъ уголовной карѣ.

Такимъ образомъ, и доктрина и кодексы одинаково не допускаютъ защиты низшаго права на счетъ высшаго; ссылка на необходимость можетъ имѣть юридическое значеніе только при столкновеніи правъ равныхъ, то, что гегелевская школа называла правомъ нужды, или при столкновеніи высшаго съ низшимъ.

470. На первомъ мѣстѣ стоитъ, разумѣется, охрана жизни, случаи столкновенія такой охраны съ имущественными и личными правами другихъ, хотя нельзя не замѣтить, что нѣкоторые случаи защиты жизни возбуждали сомнѣніе даже въ новѣйшей доктринѣ.

Такъ, мы видѣли, что вопросъ о, такъ называемой, голодной нуждѣ прежде всего обратилъ на себя вниманіе и теоретиковъ, и кодексовъ, и въ Германіи еще Каролина категорически признала ненаказуемость покражи съѣстныхъ припасовъ для избѣжанія смерти отъ голода; у насъ это начало было установлено воинскимъ артикуломъ Петра Великаго; но тѣмъ не менѣе мы встрѣчаемся въ литературѣ съ мнѣніемъ, отрицающимъ безнаказанность подобной кражи: такъ, во Франціи такое положеніе защищалъ, напр., Буатаръ, а у насъ А. Лохвицкій ([1]). Но несостоятельность такого

([1]) Въ первомъ изданіи своего курса, онъ говоритъ: «законъ не признаетъ и не можетъ признать въ принципѣ, чтобы голодный имѣлъ право украсть даже хлѣбъ. Признаніе такого положенія равнялось бы разрушенію частной собственности». Во второмъ изданіи, Лохвицкій (стр. 126) допускаетъ уже, въ видѣ изъятія изъ этого правила, ненаказуемость кражи: во 1-хъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда голодъ доводитъ до сумасшествія, и, во 2-хъ, когда человѣкъ голодный находится внѣ общественныхъ условій. Къ мнѣнію о наказуемости случаевъ

ограниченія очевидна. Если законъ признаетъ юридически возможнымъ искалѣчить или даже убить другаго ради спасенія своей жизни, то на какомъ основаніи сдѣлаетъ онъ исключеніе для имущественныхъ правъ? Можетъ ли онъ поставить имущество выше жизни? Примѣненію въ этихъ случаяхъ постановленій о крайней необходимости не противорѣчитъ и то обстоятельство, что въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, какъ, напр., въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ (уложеніе ст. 1663—1674, уст. о наказ. ст. 171 и 176), совершеніе кражи и мошенничества по крайности и неимѣнію никакихъ средствъ къ пропитанію и работѣ признается лишь обстоятельствомъ, вызывающимъ снисхожденіе къ виновному; такъ какъ въ этихъ случаяхъ законъ имѣетъ въ виду нужду, не достигшую еще крайнихъ предѣловъ и не грозящую опасностью жизни ([1]).

Также утвердительно рѣшаетъ современная доктрина бывшій прежде спорнымъ вопросъ о правѣ беременной требовать перфораціи, т. е. истребленія младенца въ утробѣ при невозможности родоразрѣшенія естественнымъ путемъ; очевидно, что и въ этомъ случаѣ является коллизія двухъ жизней—матери и ребенка, а потому

этого рода, повидимому, склоняется Н. Сергѣевскій, пособія, стр. 329, такъ какъ, онъ говоритъ, что: «распространеніе крайней необходимости на случаи присвоенія или обращенія въ собственность имущества третьихъ лицъ невыносимо въ гражданскомъ обществѣ». Бернеръ, Lehrbuch, § 57, наоборотъ, замѣчаетъ, что: «бываютъ случаи, когда человѣкъ, находящійся въ крайнемъ состояніи, дѣйствовалъ бы неразумно, если бы онъ утратилъ принадлежащее ему право, вмѣсто того, чтобы спасти его на счетъ чужаго права, случаи, гдѣ признаніе неприкосновенности чужаго права было бы проявленіемъ не необычайной нравственности, а необычайной глупости (ungewöhnliche Thorheit): если бы кто нибудь умеръ съ голоду, не тронувъ рядомъ лежащаго чужаго хлѣба, то онъ заслуживалъ бы дурацкаго колпака, а не вѣнца мученика». Далѣе, онъ прибавляетъ: «никто не будетъ насъ порицать, если мы захватимъ чужой хлѣбъ, чтобы спасти человѣка, умирающаго съ голода, хотя бы этотъ человѣкъ былъ для насъ совершенно чужой. Изъ французскихъ криминалистовъ, ср. Trébutien, № 518.

([1]) Такое толкованіе подтверждается постановленіями устава о торговомъ мореплаваніи (т. XI, ч. 2, ст. 1063), допускающаго, въ случаѣ крайняго недостатка жизненныхъ припасовъ, при встрѣчѣ съ другимъ судномъ, взять припасы, даже противъ его воли и согласія, «буде бы онъ, презрѣвъ правило человѣколюбія, отказалъ въ пособіи терпящему крайность». Это правило повторено и въ уложеніи (ст. 1230 по изд. 1885 г.). См. также о правѣ выкинуть для спасенія корабля грузъ ст. 1238 того же улож. Ср. Неклюдовъ, конспектъ, стр. 50.

спасеніе одной на счетъ другой вполнѣ подходитъ подъ состояніе крайней необходимости (1).

471. Труднѣе рѣшается данный вопросъ при защитѣ другихъ отдѣльныхъ правъ личности. Какъ опредѣлить въ этихъ случаяхъ предѣлы защиты? Какъ установить градацію правъ по степени ихъ важности? Можно ли сказать впередъ, что право на тѣлесную неприкосновенность выше права личной свободы или что каждое изъ нихъ въ отдѣльности выше любаго имущественнаго права? Я думаю, что утвердительный, а priori установленный, отвѣтъ былъ бы не только произволенъ, но и совершенно не практиченъ, безпрестанно нарушаясь въ жизни. Нужно отказаться отъ всякой апріорной классификаціи правъ и рѣшать вопросъ объ ихъ сравнительной важности сообразно съ индивидуальными особенностями каждаго случая, т. е. признать ссылку на необходимость заслуживающею уваженія, какъ скоро въ данномъ случаѣ защищаемое право представлялось для защищавшагося несомнѣнно выше нарушаемаго (2).

Такая индивидуальная оцѣнка можетъ зависѣть: а) отъ качественнаго значенія сталкивающихся благъ: такъ, несомнѣнно, напр., для спасенія здоровья отъ полнаго его разстройства или отъ тяжкаго увѣчья, или для защиты отъ изнасилованія можно пожертвовать не только чужимъ имуществомъ, но и лишить свободы, причинить боль или страданіе; б) отъ количественнаго значенія блага;

---

(1) Ср. подробный разборъ этого вопроса въ моемъ изслѣдованіи «о преступленіяхъ противъ жизни по русскому праву», II, № 248—250.

(2) Весьма подробно разсматриваетъ этотъ вопросъ Ianka, §§ 42 и 43. Онъ различаетъ два вида необходимости: а) охрану личнаго существованія (Selbsterhaltung) и б) охрану интересовъ. Къ первому онъ относитъ не только посягательство на жизнь или бытіе (Existenz), но и на здоровье, если только нападеніе грозитъ серьезною опасностью, продолжительное лишеніе свободы и попытку изнасилованія; во всѣхъ этихъ случаяхъ онъ допускаетъ безграничное право охраны, т. е. даже лишеніе кого либо жизни; ко второму—причисляетъ всѣ другія столкновенія интересовъ; въ послѣднемъ случаѣ для безнаказанности необходимо, чтобы несоразмѣрность устраненнаго вреда и причиненнаго поврежденія была вполнѣ очевидна. Такая попытка, съ одной стороны, излишне расширяетъ въ 1-мъ случаѣ предѣлы права охраны, а съ другой—даетъ только кажущуюся опредѣленность.

поэтому, защита, напр., документа или вообще какого либо имущества, отъ котораго зависитъ все достоянiе лица, или его семьи, съ утратою коего связана потеря его чести, добраго имени, будетъ имѣть иное значенiе, чѣмъ защита вещи, хотя бы и цѣнной, но не представляющей особенной важности для владѣльца; в) отъ условiй мѣста и времени, при которыхъ произошло столкновенiе благъ: такъ, напр., лишенiе свободы, хотя бы и кратковременное, получаетъ совсѣмъ иное значенiе, если отъ такого задержанiя подвергалась опасности жизнь или честь близкихъ лицъ.

При этомъ, конечно, въ случаяхъ сомнительныхъ нужно имѣть въ виду то положенiе лица, въ которомъ оно находилось подъ гнетомъ принуждающей силы, ибо такое принужденiе легко можетъ оказать влiянiе на психическую дѣятельность лица, на его мышленiе.

Дѣйствующее право, говоря въ ст. 100 только о защитѣ жизни, не содержитъ, конечно, никакихъ указанiй по сему предмету; но проектъ вноситъ спецiальное условiе, что защита почитается непреступною только въ томъ случаѣ, если судъ признаетъ, что учинившiй имѣлъ достаточное основанiе считать причиняемый имъ вредъ маловажнымъ сравнительно съ спасаемымъ благомъ, причемъ редакцiонная коммисiя, въ объясненiяхъ къ ст. 38, замѣчаетъ, что принятая ею субъективная оцѣнка будетъ справедливѣе объективной, такъ какъ самыя основанiя оправданiя лежатъ въ субъективныхъ условiяхъ охраны, въ естественномъ чувствѣ самосохраненiя.

472. Кромѣ соотношенiя въ правахъ, существуетъ и другое условiе, ограничивающее предѣлы крайней необходимости: это— существованiе особыхъ обязанностей, исключающее юридическое значенiе такой ссылки; солдатъ не можетъ оправдывать свой побѣгъ съ поля сраженiя опасностью для жизни; пожарный не можетъ, подъ тѣмъ же предлогомъ, отказаться участвовать въ тушенiи пожара.

При этомъ, конечно, безразлично, были ли приняты эти обязанности добровольно, по соглашенiю, или были наложены на данное лицо помимо его воли, какъ одна изъ повинностей государственныхъ: обвиняемый не можетъ ссылаться на необходимость, если

только такая борьба входила въ его служебную обязанность, если онъ долженъ былъ исполнить свой долгъ, хотя бы такое исполненіе потребовало пожертвованія жизнью (¹).

Но, конечно, бытіе такой обязанности не вытекаетъ изъ служебнаго положеніе лица защищающагося вообще, а изъ свойства его спеціальной служебной дѣятельности; поэтому смотритель тюрьмы, вслѣдствіе угрозы лишить его жизни, выдавшій ключи отъ арестантской камеры, хотя и нарушаетъ свой служебный долгъ, но онъ не можетъ быть преслѣдуемъ въ уголовномъ порядкѣ за содѣйствіе освобожденію арестантовъ.

Даже и для военнослужащихъ возможность оправданія необходимостью устраняется не безусловно. Такъ, нашъ воинскій уставъ (ст. 70 по изд. 1875 г.) хотя и говоритъ, что всякое нарушеніе обязанностей службы, изъ страха личной опасности, если въ самомъ законѣ не положено за то особаго наказанія, наказывается съ тою же строгостью, какъ и совершенное съ намѣреніемъ (²), но это правило относится только къ нарушенію служебныхъ обязанностей, а не распространяется на внѣ служебную дѣятельность военнослужащихъ.

Дѣйствующее уложеніе не содержитъ никакихъ особыхъ правилъ по этому предмету, а проектъ уголовнаго уложенія указываетъ, что правила ст. 38 не примѣняются, когда самое уклоненіе отъ опасности составляетъ преступное дѣяніе.

(¹) Гельшнеръ, стр. 502, идетъ еще далѣе и говоритъ: «если дѣятель уклоняется отъ опасности, вслѣдствіе сознанія безцѣльности самопожертвованія въ данномъ случаѣ, сознанія невозможности содѣйствовать достиженію того, къ чему онъ долженъ былъ стремиться, то онъ остается безнаказаннымъ, но не потому, что состояніе крайней необходимости извиняетъ нарушеніе долга, а потому, что онъ исполнялъ свой долгъ до послѣдней возможности. Безъ сомнѣнія, вопросъ о томъ, былъ ли нарушенъ такимъ лицомъ долгъ, или нѣтъ, есть вопросъ факта, подлежащій разрѣшенію въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, въ зависимости отъ свойства служебныхъ обязанностей и данныхъ обстоятельствъ». Ср. Binding, стр. 782.

(²) То же повторяетъ военноморской уставъ. Ср. также въ уложеніи изд. 1885 г. ст. 1083, 1225, 1226. Такое же правило содержитъ воинскій уставъ о наказаніяхъ германской имперіи, § 49.

473. Наконецъ, такъ же какъ и при необходимой оборонѣ, воз-можно превышеніе предѣловъ необходимости, когда защищающійся употребитъ или чрезмѣрное или ненужное насиліе, или не соблю-детъ требуемой соразмѣрности въ правахъ; его дѣйствія при этихъ условіяхъ не могутъ почитаться не преступными; мало того, дѣй-ствующій законъ не признаетъ такое превышеніе предѣловъ обстоя-тельствомъ, особо уменьшающимъ вину, хотя, конечно, наличност[ь] такого превышенія можетъ вліять на мѣру отвѣтственности: от[ъ] человѣка, правамъ котораго грозила дѣйствительная опасность нельзя требовать, чтобы онъ дѣйствовалъ вполнѣ разсудительн[о] и внимательно.

Въ тѣхъ же случаяхъ, когда необходимость существовал[а] только въ представленіи обвиняемаго, была мнимою, его отвѣт-ственность опредѣлится, какъ и при мнимой оборонѣ, т. е. сооб-разно съ общими правилами о вліяніи ошибки и заблужденія.

§ 4. Преступное дѣяніе.

474. Элементы преступнаго дѣянія.
475. Случаи объективнаго вмѣненія преступныхъ дѣяній.
476. Порядокъ дальнѣйшаго изложенія.

474. Для того, чтобы возникло преступное дѣяніе, субъект[ъ] долженъ стать въ извѣстное отношеніе къ правовой нормѣ, отно-шеніе, являющееся въ видѣ посягательства на реальное бытіе это[й] нормы.

Подобное посягательство предполагаетъ наличность извѣстнаг[о] внѣшняго событія, такъ какъ право уголовное, какъ и всѣ други[я] сферы права, имѣетъ отношеніе къ внутреннему міру человѣк[а] только съ того момента, когда его психическая дѣятельность нашл[а] какое либо проявленіе во внѣ.

Съ другой стороны, достаточно ли для уголовной отвѣтствен-ности одного только факта посягательства на норму, одного при-чиненія вреда или опасности правоохраненному интересу? На эт[отъ] въ исторіи права мы встрѣчаемъ различные отвѣты, стоящіе в[ъ]

ависимости отъ культуры народа, отъ свойствъ его юридическаго ышленія (1).

Такъ, въ эпоху болѣе отдаленную, въ древнѣйшемъ правѣ, мы по сюду встрѣчаемся съ періодомъ, такъ называемаго, физическаго мѣненія: примитивная мысль не шла далѣе внѣшняго явленія, не оискивалась бытія виновности, ея оттѣнковъ; оттого не только е различалось умышленное и неосторожное причиненіе вреда, о къ нимъ приравнивались и случайныя поврежденія; оттого воз-ожнымъ субъектомъ преступнаго дѣянія, наравнѣ съ человѣкомъ, ризнавались животныя и даже неодушевленные предметы.

Но, мало по малу, на смѣну этого взгляда является иной: къ актическому вмѣненію присоединяется, какъ его дополненіе, мѣненіе моральное. Во внѣшнемъ вредѣ ищутъ проявленія вну-оенней виновности дѣйствующаго: въ направленіи его воли, въ о недостаточной заботливости о поддержаніи господства юриди-ескаго порядка видятъ основу отвѣтственности—in maleficiis oluntas spectatur, non rerum exitus.

Въ нашемъ правѣ первые зачатки вмѣненія внутренняго встрѣ-ются еще въ Русской Правдѣ, различавшей, напр., убійство зло-мышленное, въ разбоѣ, «безъ всякія свады», отъ убійства на «пиру зленo», въ ссорѣ; а при истребленіи имущества особо выдѣлявшей оумышленность, учиненіе вреда—«пакощами», «пакости дѣя». ще сильнѣе выдвигается этотъ внутренній элементъ въ эпоху ставныхъ грамотъ и судебниковъ: такъ, по уставной книгѣ разбой-ого приказа въ случаѣ учиненія убійства указывается обвиняемаго ытать: какимъ обычаемъ учинилось убійство, умышленьемъ ли ли пьянымъ дѣломъ, неумышленьемъ, и сообразно съ этимъ уста-овляется отвѣтственность. Уложеніе царя Алексѣя Михайловича одробно останавливается на различіи видовъ виновности, хотя же и оно не могло отрѣшиться отъ укоренившагося принципа бъективнаго вмѣненія, относя, напр., нерѣдко къ винѣ неосто-ожное и случайное причиненіе вреда; да и въ дѣйствующемъ

(1) Ср. указанія у Кистяковскаго, § 166 и сл.; Geib, стр. 251 и сл.; H. Meyer, 25; Liszt, § 38. Ср. литературныя указанія, а также и историческія данныя въ емъ курсѣ, II, №№ 187 и 188.

правѣ мы найдемъ несомнѣнные слѣды отвѣтственности за фактъ
а не за выразившуюся въ немъ преступную волю.

475. Въ существованіи такихъ изъятій мы можемъ убѣдитьс
при бѣгломъ обзорѣ кодекса, особенно его раздѣловъ полицей
скихъ и фискальныхъ нарушеній, причемъ эти изъятія или осно
вываются исключительно на прямомъ указаніи закона, или выво
дятся изъ разбора юридическаго состава отдѣльныхъ дѣяній. С
точки зрѣнія доктрины, конечно, только послѣднія изъятія имѣют
дѣйствительное значеніе; но для судебной практики столь же обя
зательны и изъятія чисто положительнаго характера, хотя б
онѣ являлись въ законѣ простымъ остаткомъ старины, утрати
шимъ всякое раціональное основаніе; но, во всякомъ случаѣ, такі
постановленія, какъ составляющія прямыя изъятія изъ основна
начала современной уголовной отвѣтственности, должны быть пр
мѣняемы ограничительно (1).

Такова: во 1-хъ, по уложенію 1845 г., отвѣтственность лиц
юридическихъ (2). Если денежная пеня падаетъ на юридическо
лицо, какъ таковое, то каждый отдѣльный его членъ уплачивает
свою часть, какъ наказаніе, безъ всякаго отношенія къ его лично
виновности. На этомъ основаніи участвуютъ въ платежѣ подобно
пени не только тѣ члены юридическаго лица, которые знали ил
могли знать о совершеніи преступнаго дѣянія, но и находившіес
въ отсутствіи, душевно больные и т. д.

---

(1) Къ сожалѣнію, практика кассаціонная, въ особенности нѣмецкая, по
вліяніемъ старыхъ преданій о физическомъ вмѣненіи, а въ особенности подъ вл
ніемъ стараго процесса, съ его системою формальныхъ доказательствъ и сѣть
презумпцій всякаго рода, допускаетъ много такихъ изъятій. По поводу эти
изъятій и распространяющей ихъ практики Binding (Normen, II, 616) говорит
«Признаніе, что матеріальный уголовный законъ, съ полнымъ сознаніемъ, уг
жаетъ уголовнымъ наказаніемъ за дѣянія совершенно безвинныя, заключаетъ
себѣ самый тяжелый упрекъ, который можно сдѣлать современнымъ законод
телямъ,—упрекъ сознательнаго нарушенія основныхъ началъ справедливости
ничѣмъ не оправдываемое посягательство (des schnödesten Verrates) на чувст
справедливости гражданъ». Болѣе подробное изложеніе этого интереснаго и ма
разработаннаго вопроса см. въ моемъ курсѣ, II, № 272 и сл.

(2) См. выше, № 328.

Во 2-хъ, уголовная отвѣтственность за преступныя дѣянія, учи-
энныя другими лицами, дѣйствовавшими безъ соглашенія съ
свѣчающимъ и не подходящими подъ понятіе его соучастни-
овъ. Старое право знало много случаевъ такой отвѣтственно-
;и;—зависѣвшей или отъ свойства наказанія, напр., при нашей
ылкѣ въ XVI и XVII вѣкахъ, или, въ особенности, отъ свойства
реступныхъ дѣяній, напр., политическихъ, религіозныхъ; но
илософія XVIII вѣка и въ этомъ отношеніи произвела крупный
эреворотъ, провозгласивъ принципъ исключительно личной уго-
овной отвѣтственности и значительно ограничивъ объемъ такихъ
іучаевъ, требуя прямаго указанія на то закона (1). Нынѣ подобныя
зъятія по ихъ существу сводятся къ двумъ группамъ: одни
сновываются на предполагаемой винѣ отвѣчающаго за другихъ,
і его небрежности по надзору за дѣйствіями непосредственно
иновныхъ, на легкомысленномъ выборѣ имъ какого либо лица для
сполненія извѣстныхъ обязанностей; таковы встрѣчающіеся въ
іконодательствахъ случаи отвѣтственности родителей, воспи-
ітелей или опекуновъ за проступки малолѣтнихъ, предприни-
ателей — за ихъ агентовъ, хозяевъ — за слугъ; другія оправ-
ываются исключительно интересами полицейскими и фискаль-
ыми (2).

---

(1) Такъ, и нашъ сенатъ неоднократно въ своихъ рѣшеніяхъ (по дѣламъ Бу-
ѣева, $^{72}/_{1553}$; Губонина, $^{77}/_{17}$) высказывалъ, что такъ какъ, на основаніи ст. 15
у. с., по дѣламъ уголовнымъ всякій несетъ отвѣтственность самъ за себя, то
зякое исключеніе изъ этого правила должно быть ясно и точно оговорено въ
ікопѣ и не можетъ быть, напр., основано на контрактѣ, такъ какъ изъ догово-
овъ можетъ возникать только отвѣтственность гражданская.

(2) При этомъ необходимо имѣть въ виду: во 1-хъ, что къ указаннымъ
зъятіямъ не относятся тѣ случаи, когда законъ наказываетъ предпринимателей
ли хозяевъ именно за порученіе исправленія какихъ либо обязанностей людямъ,
звѣдомо для того неспособнымъ, какъ, напр., по ст. 1085 улож. или 123 уст. о
аказ., такъ какъ въ этихъ случаяхъ всегда должна быть доказана «завѣдо-
ость» и, слѣдовательно, виновность; во 2-хъ, что здѣсь имѣется въ виду отвѣт-
твенность уголовная, а не вознагражденіе за вредъ и убытки, гдѣ, конечно,
твѣтственность за дѣйствія уполномоченныхъ представляется въ гораздо болѣе
ирокомъ объемѣ. Ср. Bar, zur Lehre von der Culpa, § 14; разнообразная прак-
ика французскаго кассаціоннаго суда подробно разсмотрѣна у A. Morin,
xamen critique de la jurisprudence sur la responsabilité pénale въ Journal du droit

Въ нашемъ правѣ такія постановленія встрѣчаются частью в
уложеніи, частью въ законахъ спеціальныхъ. Такъ, въ видѣ при
мѣра, можно указать на отвѣтственность редактора повременна
изданія за содержаніе напечатанныхъ въ немъ статей (ст. 1044
на отвѣтственность книгопродавца, типографщика и издателя, пр
условіяхъ, указанныхъ въ ст. 1042 улож. ([1]), или, по устав
питейному, на отвѣтственность заводчиковъ и содержателей питей
ныхъ заведеній за преступныя дѣянія, учиненныя безъ ихъ согла
сія и вѣдома: во 1-хъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда они сдали завод
въ аренду, безъ соблюденія установленныхъ для сего правилъ, ил
когда приняли въ питейное заведеніе сидѣльца, не имѣюща
установленнаго свидѣтельства, и во 2-хъ, въ случаѣ несостоятел
ности непосредственно виновныхъ къ уплатѣ слѣдующихъ съ них
денежныхъ взысканій; въ послѣднемъ случаѣ, впрочемъ, хозяев
сохраняютъ за собою право регресса, и въ случаѣ неуплаты тако
вой пени не подлежатъ личному взысканію, такъ что отвѣтствен
ность въ этихъ послѣднихъ случаяхъ теряетъ свойство уголовна
наказанія, а представляется лишь фискальною мѣрою, ограждаю
щею исправное поступленіе въ казну денежныхъ взысканій, в
виду чего, по разъясненію сената, такихъ лицъ, платящихъ з
несостоятельныхъ, судъ не имѣетъ права признавать подсудимым
и не можетъ привлекать къ суду обвинительными актами ([2])
Подобныя же постановленія содержатся въ уставѣ табачномъ
ст. 282 и сл., и въ временныхъ правилахъ объ акцизѣ съ сахара
ст. 57, 58.

---

criminel, за 1859 г.; F. Hélie, pratique, II, № 137, насчитываетъ 6 случаевъ, в которыхъ amende падаетъ на лицъ, граждански отвѣтственныхъ. Ср. Blanche Etudes, II, № 280.

(1) Ср. также ст. 598 и 599 улож. объ отвѣтственности горнозаводчиковъ.

(2) См. вообще разъясненія сената въ прежнихъ моихъ изданіяхъ (до 4-г включительно) уложенія, подъ нынѣ отмѣненною ст. 704 уложенія; въ осо бенности рѣшеніе 1873 г., № 789, по дѣлу о злоупотребленіяхъ на сабуро скомъ винокуренномъ заводѣ. По разъясненіямъ сената, въ тѣхъ случаяхъ когда хозяева подлежатъ личной отвѣтственности за дѣйствія другихъ лиц они привлекаются уже, при возбужденіи дѣла, въ качествѣ обвиняемыхъ, а в тѣхъ случаяхъ, когда они уплачиваютъ пеню по несостоятельности непосре ственно виновныхъ, они могутъ принимать участіе въ дѣлѣ на основані ст. 760 у. у. с., по аналогіи съ гражданскими истцами.

Далѣе, въ 3-хъ, такія же исключенія опредѣляются при нѣко-
орыхъ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ законною обрисовкою
іхъ состава; разборъ этихъ отступленій можетъ быть сдѣланъ
олько при изложеніи особенной части, а здѣсь могутъ быть намѣ-
іены лишь нѣкоторыя указанія.

Эти чисто объективные элементы состава иногда обусловли-
аютъ самую преступность дѣянія, а всего чаще они являются
словіями, выдѣляющими извѣстные случаи изъ родоваго типа:
акое значеніе имѣетъ, напр., ночь при кражѣ, стоимость вещи
ри кражѣ и мошенничествѣ и т. д. Самыя обстоятельства могутъ
тноситься или къ обстановкѣ преступленія, условіямъ мѣста,
ремени и т. п., или же къ послѣдствіямъ преступнаго дѣянія:
акъ, напр., раны или побои, умышленно нанесенные, наказы-
аются усиленно, какъ скоро они сопровождались увѣчьемъ, или
огда послѣдствіемъ ихъ была смерть.

476. Такимъ образомъ, нынѣ понятіе преступнаго дѣянія
аключаетъ въ себѣ два момента: внѣшній—воспрещенное зако-
омъ дѣйствіе или бездѣйствіе, и внутренній—виновность или
реступную волю; только наличность обоихъ моментовъ даетъ
онятіе преступнаго дѣянія: преступная воля, выразившаяся
ъ правомѣрномъ дѣяніи, будетъ мнимымъ преступнымъ дѣя-
іемъ; правомѣрная воля, выразившаяся въ преступномъ дѣя-
іи, будетъ невмѣняемымъ въ вину дѣяніемъ. Оба эти момента,
толь важные и практически, и теоретически, должны подлежать
одробному разбору, причемъ я начну его съ внутренней стороны,
ообразно съ процессомъ развитія каждаго преступнаго дѣянія [1].

---

(1) Въ этомъ смыслѣ употребляютъ выраженіе: «Verbrecherische Handlung»
ъ противоположность That, требуя для бытія перваго наличности не только
бъективной причинной связи — Kausalzusammenhang, но и субъективной—
Schuldmoment». Ср. Köstlin, System, стр. 156; Berner, § 65; Liszt, § 28, опре-
ѣляетъ «Handlung», какъ что либо причиняющее (Kausalwirkende) произвольное
ѣлесное движеніе. Произвольнымъ (Willkürliche) признается сознательное и
олимое (т. е. представленіями опредѣленное и мотивированное) возбужденіе
вигательныхъ нервовъ. Произволъ такимъ образомъ тождественъ съ самовоз-
уждаемостью (Innervation). Впрочемъ, и въ германской литературѣ терминологія
ще далеко не установилась, ср. Binding, Normen, II, § 38, прим. 56.

ОТДѢЛЪ I.

Виновность.

477. Причины, устраняющія вмѣненіе и виновность.

478. Случайность, какъ причина невмѣненія.

479. Постановленія нашего права о случаѣ.

480. Физическое принужденіе, какъ причина невмѣненія.

481. Постановленія о физическомъ принужденіи законодательствъ.

482. Виды виновности. Умыселъ и неосторожность.

483. Объемъ примѣненія этого различія къ отдѣльнымъ преступнымъ дѣяніямъ.

484. Примѣненіе этого различія къ нарушеніямъ.

485. Французская и нѣмецкая судебная практика по этому вопросу.

486. Практика нашего сената по этому вопросу.

487. Опредѣленіе въ законодательствахъ видовъ виновности.

488. Понятіе о виновности умышленной.

489. Сознаніе, какъ элементъ умышленной виновности.

490. Постановка въ законодательствахъ вопроса о невѣдѣніи и заблужденіи.

491. Условія возникновенія невѣдѣнія и заблужденія.

492. Соотношеніе невѣдѣнія и заблужденія съ различными моментами состава преступнаго дѣянія.

493. Вліяніе фактическаго невѣдѣнія и заблужденія на виновность и наказуемость.

494. Невѣдѣніе и заблужденіе относительно юридическихъ условій преступнаго дѣянія.

495. Невѣдѣніе и заблужденіе относительно обстоятельствъ, уничтожающихъ преступность дѣянія.

496. Ошибка въ мотивахъ дѣятельности.

497. Невѣдѣніе и заблужденіе относительно запрещенности дѣянія.

498. Теоретическія основанія этого ученія.

477. Для уголовной отвѣтственности необходимо, чтобы посягательство на правоохраненный интересъ было результатомъ виновности посягающаго (1); но можетъ ли лицо, находящееся въ

---

(1) Ср. подробныя литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 189, пр. 19, и Binding, Grundriss, § 50, и Normen, § 56, прим. 614; изъ монографій въ особенности можно указать: Berner, Grundlinien der criminalistische Imputationslehre, 1843 г., стр. 174—294; E. Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1857 г.; Gessler, über Begriff und Arten des Dolus, 1860 г.; Geyer, Erörterungen aus dem Strafrechte, 1862 г., ст. 1—32; Wahlberg, Gesammelte kleine Schriften, 1875 г., I, стр. 35—67; Binding, die Normen und ihre Übertretung, II, 1877 г. Изъ позднѣйшихъ монографій и статей: Ortloff, die Schuldarten im Strafrecht, Gerichtssaal, 1882 г., стр. 401—463; H. Lucas, die subjective Verschuldung im heutigen deut-

стояніи вмѣняемости, учинить посягательство, не заключающее въ себѣ внутренней виновности? И жизненный опытъ, и законъ, ютъ на это утвердительный отвѣтъ, указывая на такія условія зятельности, при наличности коихъ, учиненное дѣеспособнымъ убъектомъ не можетъ быть ему вмѣнено въ вину, такъ какъ бъектъ является простымъ физическимъ производителемъ событія, слѣпымъ орудіемъ посторонней для него силы.

Бытіе такихъ своеобразныхъ условій объясняется тѣмъ, что ементы, которые служатъ характеристикою дѣеспособности, хотя существуютъ относительно даннаго лица апріорно, но они не лько не проявляются, но и не могутъ проявиться конкретно въ нное время, по отношенію къ данному дѣйствію. А такъ къ эти элементы вмѣняемости двояки—способность сознавать вершаемое и способность руководствоваться сознаннымъ, то кже двояки и условія, устраняющія вмѣненіе въ вину.

Во 1-хъ, случайность дѣянія, когда лицо, по своему возрасту, теллектуальному и моральному развитію, вполнѣ дѣеспособное, йствовало при такихъ условіяхъ, что оно не только не сознавало, и не могло сознать, что учиняетъ дѣяніе преступное, или что въ его поступка произойдутъ преступныя послѣдствія, и во -хъ, дѣяніе, вынужденное физическою силою, когда лицо дѣеспобное сознавало, что учиняемое имъ преступно, но находилось въ кихъ объективныхъ условіяхъ, благодаря коимъ оно не могло бѣгнуть нарушенія требованій закона, было орудіемъ непреодомой силы.

478. Случайность посягательства исключаетъ всякую виновость и отвѣтственность—nullum crimen est in casu; но при какихъ ловіяхъ и въ какомъ объемѣ?

Прежде всего, извѣстное событіе можетъ быть признаваемо слуайнымъ только по отношенію къ сознанію дѣйствующаго или блюдающаго, такъ какъ со стороны объективной всякое явленіе

---

hen Strafrechte, 1883 г.; E. Heitz, das Wesen des Vorsatzes im heutigen gemein deutschen Strafrechte, 1885 г.; Bünger, über Vorstellung und Wille, als Elemente der subjectiven Verschuldung въ Zeitschrift, 1886 г., № 3, стр. 291—365.

*

въ мірѣ есть неизбѣжный продуктъ своихъ предъидущихъ: в природѣ ничего случайнаго не существуетъ. Сообразно съ этим и въ правѣ уголовномъ мы называемъ случайными только такі посягательства на правоохраненный интересъ, которыя учинивші не только не предвидѣлъ, но и не могъ предвидѣть, при полно внимательности къ своей дѣятельности, или которыхъ наступлені не только казалось, но и должно было казаться при данных обстоятельствахъ невѣроятнымъ. Такимъ образомъ, отравлені будетъ случайнымъ, какъ скоро отравившій не зналъ и не мог знать, что даваемое имъ вещество ядовито, или если онъ и зналъ что при извѣстныхъ условіяхъ данное вещество можетъ имѣт свойства яда, но не могъ и предполагать, что подобныя услові существуютъ въ данномъ случаѣ.

Случайнымъ можетъ быть, далѣе, какъ содѣяніе чего либо, так и бездѣйствіе: свидѣтель, неявившійся въ судъ, можетъ сослаться напр., въ свое оправданіе на то, что въ повѣсткѣ былъ ошибочн указанъ не тотъ день засѣданія.

Случайнымъ, исключающимъ возможность предвидѣнія, может быть самое дѣйствіе лица, его движеніе, какъ, напр., потер баланса и паденіе лица на совершенно ровномъ мѣстѣ; но всег чаще случайными могутъ быть послѣдствія дѣянія, видоизмѣнені во внѣшнемъ мірѣ, произведенныя дѣйствіемъ лица, такъ что дѣйствіе можетъ быть волимое, а послѣдствія—случайныя, когда напр., проѣзжавшій на лошади задавилъ прохожаго, потому чт лошадь испугалась и понесла.

Случайность, какъ невозможность сознанія и предвидѣнія, отно сится главнымъ образомъ къ фактическимъ элементамъ даннаг событія; но въ уголовномъ правѣ случайность можетъ полу чить болѣе широкое значеніе, относясь и къ юридическо обстановкѣ дѣянія (1). Вступившій въ бракъ съ родственником можетъ быть признанъ случайно вступившимъ въ противозаконны бракъ, какъ скоро обвиняемый не могъ и предполагать, что он состоитъ въ родственныхъ отношеніяхъ съ другимъ брачащимся обвиняемый въ нарушеніи полицейскаго запрета можетъ сослатьс

---

(1) См. далѣе ученіе о вліяніи ошибки и заблужденія.

а случайность нарушенія, если онъ, не смотря на все свое доброе желаніе, не могъ узнать о существованіи такого запрета, когда, напр., запретъ оставался секретнымъ.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда случайными являются послѣдствія извѣстнаго дѣйствія, самое дѣйствіе можетъ имѣть весьма различную юридическую характеристику: оно можетъ быть само по себѣ дѣйствіемъ дозволеннымъ, или юридически безразличнымъ, или преступнымъ. Если кто либо, идя осторожно съ фонаремъ на сѣновалъ, споткнулся такъ, что свѣчка выпала изъ фонаря и зажгла сѣно, то мы будемъ считать происшедшій пожаръ случайнымъ, независимо отъ того, шелъ ли съ фонаремъ кучеръ за сѣномъ, или воръ для кражи [1].

479. Ненаказуемость случайныхъ посягательствъ на норму въ ея реальномъ бытіи признается всѣми законодательствами, причемъ прежніе кодексы по большей части вносили объ этомъ особыя постановленія въ законъ, а новые, по примѣру французскаго кодекса, вовсе не упоминаютъ о случаѣ, считая какъ бы аксіомою ненаказуемость случайныхъ посягательствъ.

Дѣйствующее наше уложеніе содержитъ нѣсколько постановленій, относящихся къ этому вопросу, какъ въ общей (ст. 5, 91 п. 5, 93 и 110), такъ и въ особенной части (ст. 1470 и 1495) [2], къ сожалѣнію не отличающихся ни точностью, ни единствомъ, а потому возбуждающихъ значительныя недоразумѣнія на практикѣ. На основаніи статьи 5-й, «зло, сдѣланное случайно, не только безъ намѣренія, но и безъ всякой со стороны учинившаго оное неосторожности, не почитается виною», причемъ выраженіе «зло», противополагаемое винѣ, несомнѣнно охватываетъ всякаго рода преступныя дѣянія, учиненныя случайно. Случайность характеризуется отсутствіемъ всякой неосторожности, а самое это условіе

(1) Это положеніе весьма часто игнорируется, какъ практикою, такъ и доктриною. Такъ, Кистяковскій, § 175, говоритъ: «дѣйствіе, отъ котораго происходитъ случайное правонарушеніе, должно быть не запрещено закономъ, и слѣдовательно, какъ въ уголовномъ, такъ и въ полицейскомъ отношеніи, должно быть невинное». Ср. по этому поводу Köstlin, System, § 63, пр. 1.

(2) Ср. также опредѣленіе случайныхъ дѣяній въ статьѣ 357.

устанавливается исключительно съ точки зрѣнія обвиняемаго, при
нимая во вниманіе всю индивидуальную обстановку дѣянія. Далѣе
дѣяніе, вызвавшее случайное правонарушеніе, можетъ быть запре
щенное закономъ, и не запрещенное; статья 93 говоритъ: «если
однакожъ, дѣяніе, отъ коего послѣдовало случайное зло, было сам
по себѣ противозаконное, то учинившій подвергается наказанію
но лишь за то, что былъ намѣренъ учинить (1).

Случайно учиненное зло по уложенію не влечетъ никакой отвѣт
ственности; только при случайномъ убійствѣ (2) на виновнаго нала
гается церковное покаяніе, но и то по его желанію, для успокоені
его совѣсти; нѣкоторое сомнѣніе представляетъ только послѣдня
часть ст. 110, на основаніи коей внушеніе можетъ быть назначен
и въ томъ случаѣ, когда, по обстоятельствамъ дѣла, нельзя был
ожидать и предполагать вредныхъ отъ онаго послѣдствій; но сам
законъ относитъ это крайне неудачное постановленіе къ неосторож
ности.

Уставъ о наказаніяхъ (ст. 10 п. 1) говоритъ, что проступки
совершенные случайно, не вмѣняются въ вину; а уставъ воински
(ст. 68 по изд. 1875 г.) прибавляетъ къ этому: «когда со сторон
учинившаго оное не было притомъ невнимательности къ обязан
ностямъ его по службѣ; но если окажется такая невнимательност
то онъ отвѣчаетъ только за нее, смотря по обстоятельствамъ, к
ней относящимся».

Проектъ уголовнаго уложенія также внесъ спеціальное поста
новленіе о томъ, что не вмѣняется въ вину преступное дѣяніе
коего учинившій не могъ предвидѣть или предотвратить. Как

---

(1) Поэтому практика нашего сената (см. тезисы въ моемъ изданіи уложен
подъ ст. 5 и 1470), признающая ненаказуемость случайныхъ послѣдстві
только незапрещеннаго дѣянія, противорѣчитъ тексту закона; такое толкован
можетъ быть примѣнимо лишь къ тѣмъ спеціальнымъ случаямъ, гдѣ законъ допу
скаетъ вмѣненіе въ вину даже послѣдствій, коихъ наступленіе нельзя было предв
дѣть; таковы, напр., по нашему праву постановленія о поврежденіи здоровь
сопровождавшемся смертью.

(2) Въ ст. 93 говорится о наложеніи церковнаго покаянія въ «нѣкоторых
закономъ опредѣленныхъ случаяхъ», и, по объясненію редакторовъ, такихъ сл
чаевъ должно было быть нѣсколько, но въ дѣйствительности оказалось толь
одно такое постановленіе—статья 1470.

говорится въ объяснительной запискѣ, это постановленіе удержано, не смотря на сдѣланныя противъ него возраженія: во 1-хъ, потому, что существующія въ дѣйствующемъ уложеніи неясныя и противорѣчивыя постановленія о значеніи случайныхъ дѣяній могутъ вредно вліять на нашу практику, если не будутъ замѣнены прямыми постановленіями новаго уложенія, а во 2-хъ, потому, что только при такомъ постановленіи получатъ надлежащую опредѣлительность внесенныя въ проектъ опредѣленія умысла и неосторожности. Самое выраженіе «преступное дѣяніе» употреблено въ томъ техническомъ смыслѣ, который ему приданъ 1 статьею проекта, и соотвѣтствуетъ слову «зло», употребленному въ дѣйствующемъ уложеніи; такимъ образомъ, невозможность для учинившаго преступное дѣяніе предвидѣть таковое равносильна понятію невозможности для учинившаго предвидѣть, что онъ окажется виновнымъ въ неисполненіи требованія или запрета закона.

480. Точно также исключаетъ вмѣненіе и физическое принужденіе (vis absoluta), когда дѣйствующій былъ простымъ орудіемъ или средствомъ, когда, сознавая преступность совершающаго, онъ, тѣмъ не менѣе, не имѣлъ возможности выполнить требованіе закона или воспрепятствовать его нарушенію.

Такое физическое принужденіе можетъ происходить отъ силъ природы, отъ біологическихъ процессовъ, совершающихся въ человѣкѣ, въ особенности, напр., при рефлективныхъ движеніяхъ и дѣйствіяхъ, отъ животнаго, отъ человѣка, дѣйствующаго притомъ безсознательно или сознательно и даже преступно.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ физическое принужденіе не только близко соприкасается съ психическимъ, но нерѣдко смѣшивается съ нимъ и соединяется въ одно общее понятіе (¹), хотя такое

(¹) Такъ, напр., всѣ французскіе криминалисты разсматриваютъ совмѣстно принужденіе физическое и психическое; то же дѣлаютъ изъ нашихъ криминалистовъ Спасовичъ, Будзинскій и Кистяковскій. Весьма обстоятельныя возраженія противъ такого смѣшенія vis compulsiva и vis absoluta дѣлаетъ Кестлинъ, System, § 61. Нельзя не прибавить, что подобное различіе обоихъ видовъ принужденія признается и многими изъ цивилистовъ. Savigny, System, III, § 101, указываетъ и на практическое послѣдствіе этого различія, напр., при потерѣ владѣнія одинъ видъ обосновываетъ interdictum de vi, а другой actio quod metus causa. Windscheid, Pandekten, 1, § 80, пр. 1 и Goudsmith, cours des pandectes, стр. 125, пр. 2, исключаютъ vis absoluta изъ ученія о принужденіи.

смѣшеніе представляется неправильнымъ. При психическомъ принужденіи всегда существуетъ выборъ между двумя возможностями: или пожертвовать собою и своимъ благомъ, или посягнуть на чей либо правоохраненный интересъ; при принужденіи физическомъ ни о какомъ выборѣ не можетъ быть и рѣчи: человѣкъ дѣйствуетъ какъ простое орудіе какой либо силы. Психическое принужденіе не уничтожаетъ вмѣненія, а уничтожаетъ преступность, и то только при извѣстномъ соотношеніи блага защищаемаго и нарушаемаго: принужденіе физическое устраняетъ виновность и вмѣненіе, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, безусловно уничтожаетъ преступность совершеннаго.

Принужденіе физическое устраняетъ преступность учиненнаго, независимо отъ его важности и свойства. Такимъ образомъ, напр., ссылка на такое принужденіе возможна при активномъ нарушеніи чьихъ либо правъ, когда, напр., рукою принужденнаго наносится ударъ, подписывается подложный документъ и т. д.; еще чаще ссылка на такое принужденіе дѣлается въ оправданіе бездѣйствія, неисполненія обязанностей, напр., неявки свидѣтеля [1], недонесенія и т. д.; далѣе, такая ссылка возможна въ оправданіе полицейскихъ нарушеній, какъ, напр., ссылка кучера, ѣхавшаго ночью безъ зажженнаго фонаря, на то, что градъ разбилъ фонарь кареты и потушилъ огонь; ссылка лица, оказавшагося съ зажженною сигарою въ мѣстѣ, гдѣ курить воспрещается, на то, что его понесла лошадь и занесла въ это мѣсто и т. д.

481. Изъ западно-европейскихъ кодексовъ кодексъ французскій говоритъ о force majeure въ ст. 64, на основаніи коей учиненное не признается ни преступленіемъ, ни проступкомъ, какъ скоро учинившій былъ принужденъ къ тому силою, которой онъ не могъ сопротивляться, или, какъ говоритъ Dalloz (art. 64, № 174), силою, которую онъ не могъ ни предвидѣть, ни избѣжать, и которой онъ не могъ сопротивляться. Подъ это постановленіе комментаторы и практика подводятъ какъ принужденіе физическое, такъ и

---

(1) Такъ, напр., нашъ уставъ уголовнаго судопроизводства признаетъ законными причинами неявки (ст. 388, 432, 642, 650) лишеніе свободы, прекращеніе сообщенія во время заразы, нашествіе непріятеля, необыкновенное разлитіе рѣкъ, болѣзнь. Ср. также уст. о наказ. ст. 93, а также прим. къ 825 ст. улож.

психическое, и притомъ распространяя дѣйствіе этой статьи и на полицейскія нарушенія, и на дѣянія, предусмотрѣнныя специальными законами (¹). Такое же постановленіе содержатъ кодексы бельгійскій и голландскій. Въ Германіи практика подводитъ эти случаи подъ постановленія статьи 52 о непреодолимой силѣ (unwiderstehliche Gewalt).

Наше дѣйствующее уложеніе умалчиваетъ о физическомъ принужденіи, такъ что, при рѣшеніи случаевъ этого рода, или приходится доказывать ихъ безнаказанность на основаніи ст. 100, говорящей о принужденіи отъ неодолимой силы, или же дѣлать этотъ выводъ посредственно, на томъ основаніи, что въ подобныхъ случаяхъ не заключается ни умысла, ни неосторожности, безъ наличности коихъ немыслима уголовная отвѣтственность.

Проектъ уголовнаго уложенія указываетъ спеціально на это условіе въ приведенномъ выше постановленіи о случайныхъ дѣяніяхъ, оттѣняя ненаказуемость такихъ дѣяній или такихъ послѣдствій дѣянія, которыя виновный хотя и предвидѣлъ, но предотвратить не могъ.

482. Такимъ образомъ, современное право отказывается, за немногими исключеніями, которыя будутъ указаны далѣе, отъ наказуемости одного голаго правонарушительнаго факта. Лицо, обладающее способностью ко вмѣненію, тогда только учиняетъ преступное и наказуемое дѣяніе, когда оно въ этомъ дѣяніи проявляетъ или имѣетъ возможность проявить эту способность, когда совершенное посягательство стоитъ въ извѣстномъ соотношеніи съ сознаніемъ дѣйствующаго, съ его психическою работою, предшествовавшею дѣятельности, проявляетъ его хотѣніе или волю. Воля и составляетъ сущность виновности, такъ какъ всякая виновность заключаетъ въ себѣ порочность или недостатокъ, дефектъ нашей воли, нашего самонаправленія къ дѣятельности; одна мысль, какъ бы порочна она ни была, можетъ подлежать суду совѣсти, но не суду уголовному (²).

(¹) Особенно подробно мотивировано такое распространительное толкованіе въ рѣшеніи французскаго кассаціоннаго суда 26 Февр. 1861 г. Ср. Blanche, II, № 213, 214; Dalloz, art. 64, № 174.

(²) Binding, Normen, II, стр. 103—Willensschuld, a не Gedankenschuld.

Очевидно, что соотношеніе между волею съ одной стороны и преступнымъ посягательствомъ съ другой допускаетъ различные оттѣнки (1), начиная отъ направленія нашей преступной дѣятельности вполнѣ соотвѣтственно съ нашими предположеніями и желаніями и кончая причиненіемъ вреда и нарушеніемъ закона въ моментъ дѣйствія учинившимъ непредвидѣннаго.

Всѣ эти оттѣнки виновности современная доктрина сводитъ обыкновенно къ двумъ типамъ (2)—умыслу и неосторожности. Всякое преступное дѣяніе предполагаетъ дѣятельность лица, его вызвавшаго; эта дѣятельность со стороны субъективной можетъ быть двоякая: или она была направлена, прямо или косвенно, на происшедшее посягательство, или такого направленія не существовало, но для дѣйствующаго была возможность избѣгнуть правонарушенія; первая форма подойдетъ подъ понятіе умысла, dolus, а вторая—подъ понятіе неосторожности culpa (3). Общій признакъ неосто-

---

(1) Это послужило, между прочимъ, основаніемъ, такъ называемаго формальнаго дѣленія видовъ виновности. Такъ, Berner, § 65, а за нимъ Schütze, § 39, относятъ къ умыслу тѣ случаи, гдѣ внутренняя и внѣшняя сторона взаимно другъ друга покрываютъ, а къ неосторожности тѣ, гдѣ внутренняя сторона является по объему менѣе внѣшней, сопоставляя такимъ образомъ умыселъ съ оконченнымъ дѣяніемъ, а неосторожность—съ покушеніемъ, гдѣ является перевѣсъ желаемаго надъ выполненнымъ; но это дѣленіе не даетъ дѣйствительной характеристики видовъ виновности, а вмѣстѣ и невѣрно опредѣляетъ ихъ, какъ, напр., умыселъ, такъ какъ тождество исчезаетъ при ошибкѣ въ объектѣ, при недостиженіи цѣли. Ср. разборъ этого опредѣленія у Binding'a, Normen, II, стр. 165.

(2) Ср. болѣе подробныя указанія въ моемъ курсѣ, II, №№ 190 и 191. Изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ Кестлинъ, System, §§ 71 и 72, допускаетъ трехчленное дѣленіе, ставя между умысломъ и неосторожностью третью ступень, куда онъ относитъ тѣ случаи, когда объективная природа дѣянія была сознаваема, но не желаема (luxuria), или желаема, но не ясно сознаваема (impetus); но попытка Кестлина давно уже встрѣтила полный отпоръ въ нѣмецкой литературѣ. Ср. Binding, Normen, II, § 39, Arten der Schuld; у него же, § 44, разборъ другихъ попытокъ отступленія отъ двухчленнаго дѣленія. Французскіе криминалисты нерѣдко говорятъ, что не можетъ быть ненамѣренныхъ дѣяній и, такимъ образомъ, какъ бы признаютъ только одну форму виновности; Ortolan, № 380, справедливо возражая противъ такого невѣрнаго опредѣленія, замѣчаетъ, что оно сложилось подъ вліяніемъ гражданскаго римскаго права, по которому всѣ вредныя дѣянія, совершаемыя безъ намѣренія, относились къ quasi delicta.

(3) Современное уголовное право не знаетъ ни одного общаго термина для означенія обѣихъ формъ виновности. Въ римскомъ правѣ слово culpa употреблялось въ двоякомъ смыслѣ: въ обширномъ—для означенія всякой вины, и въ тѣс-

рожности имѣетъ отрицательный характеръ: учинившій преступное дѣяніе долженъ былъ дѣйствовать иначе, чѣмъ онъ дѣйствовалъ, онъ проявилъ ненадлежаще правомѣрную волю; общій признакъ умысла положительный: учинившій преступное дѣяніе сознательно направилъ свою дѣятельность вопреки требованіямъ права и закона, онъ проявилъ злую волю (1).

483. Это различіе двухъ типовъ виновности проходитъ чрезъ всю область преступныхъ дѣяній, начиная отъ тяжкихъ злодѣяній и кончая маловажными нарушеніями; но роль, которую играютъ оба эти типа въ отдѣльности, не одинакова. Мы не найдемъ въ современномъ уголовномъ правѣ ни одного посягательства на правоохраненный интересъ, которое не могло бы быть учинено сознательно и волимо, т. е. умышленно; но мы найдемъ рядъ дѣяній, которыя, по ихъ юридической структурѣ, по обрисовкѣ ихъ въ кодексѣ, не могутъ быть учинены по неосторожности. Такимъ образомъ, центральнымъ типомъ виновности является вина умышленная, въ ея различныхъ оттѣнкахъ, а неосторожная вина играетъ только роль дополнительную, второстепенную.

номъ—для означенія неосторожности; эта же терминологія встрѣчается иногда и нынѣ въ учебникахъ гражданскаго права. Ср. Марецоль, учебникъ римскаго гражданскаго права, § 120; Vangerow, Pandekten, § 106; противъ этого обобщенія термина culpa—Windscheid, Pandekten, I, § 101, пр. 7. Во французскомъ правѣ и теперь слово «faute» употребляется въ двоякомъ смыслѣ; ср. возраженія у Ortolan, № 380; Goudsmith, cours des pandectes, § 75. Поэтому же въ старыхъ нашихъ учебникахъ слово «culpa» переводилось словомъ «вина, а не словомъ неосторожность.»

(1) Граница между умысломъ и неосторожностью у криминалистовъ проводится весьма различно. Ср. обзоръ опредѣленій нѣмецкихъ криминалистовъ у Geib, II, § 93. Съ формальной стороны всѣ эти попытки можно свести къ двумъ группамъ: одни разсматриваютъ оба понятія какъ коррелативныя, поэтому даютъ общее опредѣленіе вины, а затѣмъ, указываютъ видовые признаки различія; другіе даютъ самостоятельное опредѣленіе каждой формѣ; со стороны же матеріальной эти попытки распадаются на три группы: одни видятъ основу дѣленія въ наличности или отсутствіи сознанія; другіе—въ наличности или отсутствіи хотѣнія; третьи—въ комбинаціи обоихъ условій. Такъ, изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ на первый планъ выдвигаетъ моментъ сознанія Листъ, во второмъ изданіи своего руководства, § 39, говоря: что умыселъ (Vorsatz) есть сознаніе причинности извѣстнаго дѣйствія или бездѣйствія (die Vorstellung von der Kausalität des Thuns oder Unterlassung); напротивъ того, Бернеръ, § 67, говоритъ: подъ умысломъ (Vorsatz) мы понимаемъ волю, какъ дѣйствующую причину; среднее направленіе

484. Это различіе двухъ основныхъ формъ виновности существуетъ, хотя и въ скрытомъ видѣ, и въ тѣхъ маловажныхъ посягательствахъ на правила, ограждающія общественные порядокъ, спокойствіе и безопасность или интересы казны, въ которыхъ на первый планъ выдвигается элементъ объективный.

Вопросъ объ условіяхъ субъективной виновности этихъ повседневныхъ нарушеній представляетъ громадный жизненный интересъ и, къ сожалѣнію, весьма мало разработанъ въ литературѣ; а въ практикѣ высшихъ судовъ, не только нашего кассаціоннаго сената, но и западныхъ кассаціонныхъ судовъ, получалъ иногда неправильную постановку, такъ какъ эта практика нерѣдко стремилась проводить такое воззрѣніе, что при этихъ дѣяніяхъ требуется только виновность физическая, а не психическая, т. е., что не только при этихъ дѣяніяхъ умышленность приравнивается къ неосторожности, но что виновный отвѣчаетъ и тогда, когда при учиненіи нарушенія онъ находился въ условіяхъ, устраняющихъ вмѣненіе ([1]).

485. Такъ, практика французскаго кассаціоннаго суда ([2]) выставила такое положеніе, что для наказуемости полицейскихъ нарушеній (contraventions) достаточно констатированія матеріальнаго факта, безотносительно къ намѣренію и виновности совершившаго; подобное же начало, т. е. недопущеніе ссылки на отсутствіе злонамѣренности (bonne foi) проводится и по отношенію къ спеціальнымъ уставамъ: таможенному, лѣсному, уставу о пошли-

---

представляетъ Lucas (стр. 8), который опредѣляетъ умыселъ (Vorsatz), какъ волю, направленную на учиненіе дѣянія, соединенную съ сознаніемъ о существованіи такихъ обстоятельствъ, въ силу коихъ это дѣяніе является запрещеннымъ закономъ подъ страхомъ наказанія. Еще полнѣе опредѣленіе Биндинга (Normen, II, стр. 403). Нарушеніе нормы почитается умышленнымъ, какъ скоро дѣеспособный субъектъ представлялъ и хотѣлъ учиненное имъ, какъ противоположеніе нормѣ, подъ которую учиненное подходитъ. Умыселъ (Vorsatz) можетъ быть опредѣляемъ, какъ хотѣніе дѣянія, несмотря на сознаваемое противорѣчіе этого дѣянія съ нормою, подъ которую оно должно быть подводимо. Ср. Bunger, въ Zeitschrift, стр. 293.

([1]) Болѣе подробныя указанія литературы вопроса и судебной практики ср. въ моемъ курсѣ, II. № 278 и сл.; ср. Binding, Normen, II, § 75, Lucas, § 23 и сл.

([2]) См. обширную кассаціонную практику у Blanche, Etudes, II, № 218.

нахъ, хотя въ виду чисто формальнаго понятія «нарушеній» кассаціонный судъ призналъ, что съ одной стороны существуютъ и такія нарушенія, для наказуемости коихъ требуется не только наличность вины, но и злаго умысла, а съ другой, что и въ нѣкоторыхъ проступкахъ (délits) достаточно одной только объективной виновности, такъ что окончательное рѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ свойства отдѣльнаго преступнаго дѣянія, и провѣрка правильности примѣненія этого начала къ отдѣльнымъ дѣяніямъ принадлежитъ кассаціонному суду.

Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, практика французскаго кассаціоннаго суда и при этихъ, такъ сказать, объективныхъ нарушеніяхъ требуетъ наличности основныхъ условій вмѣняемости; поэтому, обвиняемый не подлежитъ наказанію, какъ скоро онъ былъ малолѣтній, умалишенный; мало того, отвѣтственность исчезаетъ, если въ моментъ совершенія дѣянія оказались условія, уничтожающія вмѣненіе даннаго событія, какъ, напр., принужденіе отъ другаго лица или отъ силъ природы; такимъ образомъ, кучеръ, не зажегшій фонаря у кареты, потому что онъ думалъ, что это не нужно при лунномъ освѣщеніи, отвѣчаетъ за нарушеніе; но кучеръ, у котораго фонарь погасъ отъ вѣтра или дождя, не подлежитъ наказанію. Такимъ образомъ, по системѣ, принятой во французской практикѣ, нельзя сказать, чтобы при нарушеніяхъ не различалась виновность и ея элементы, но законъ только сравниваетъ по наказуемости умыселъ и неосторожность, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, допускаетъ презумпцію виновности (1).

Изъ германскихъ партикулярныхъ кодексовъ нѣкоторые, какъ, напр., баварскій полицейскій кодексъ 1861 г., баденскій 1863 г., содержали общее постановленіе, что при нарушеніяхъ неосторожность наказывается наравнѣ съ умысломъ, если не будетъ обратнаго указанія въ законѣ; другіе, какъ прусскій 1851 г., вовсе не упоминали объ этомъ, а практика берлинскаго оберъ-трибунала стала на почву чисто объективнаго вмѣненія, не допуская, въ особенности по отношенію къ фискальнымъ нарушеніямъ, даже

(1) Ortolan, I, №№ 643 и 644, полагаетъ даже, что наличность или отсутствіе намѣренности можетъ служить для выбора мѣры наказанія.

ссылки на обстоятельства, устраняющія вмѣненіе, напр., на непреодолимую силу. Впрочемъ, эта практика высшаго судилища вызвала полное порицаніе и въ прусской литературѣ, такъ какъ она, по замѣчанію Loos, нарушала и основныя начала права и народное чувство справедливости (1).

Съ изданіемъ германскаго кодекса подобная система толкованія закона потеряла послѣднее основаніе, такъ какъ по системѣ кодекса всѣ постановленія общей части распространяются и на нарушенія; но такъ какъ законъ прямо не разрѣшалъ этого вопроса, то между комментаторами, а затѣмъ и въ практикѣ высшихъ судовъ, до введенія Reichsgericht'а, оказалось разнорѣчіе, причемъ сѣверо-германская практика пыталась примѣнять и къ новому кодексу систему толкованія, усвоенную берлинскимъ оберъ - трибуналомъ (2). Но Reichsgericht (3) усвоилъ иной взглядъ и призналъ, что основныя начала виновности примѣняются и къ нарушеніямъ.

486. Наше уложеніе не знаетъ особой группы полицейскихъ нарушеній, если же приравнивать къ нимъ тѣ дѣянія, которыя по уложенію 1845 г. именовались проступками, то нельзя не сказать, что всѣ общія правила о вмѣняемости и вмѣненіи одинаково должны быть относимы какъ къ преступленіямъ, такъ и къ проступкамъ; точно также и при изданіи устава о наказаніяхъ, всѣ относящіяся сюда постановленія уложенія были повторены и въ уставѣ; поэтому по нашему праву отрицаніе необходимости, для примѣненія наказанія къ какому либо поступку, виновности и ея элементовъ можетъ быть допущено только въ случаяхъ особо указанныхъ закономъ.

---

(1) H. Hälschner, die algemeinen strafrechtlichen Bestimmungen in ihrer Anwendung auf die Uebertretungen, въ Gerichtssaal 1870 г., стр. 320—350; а въ особенности, Loos, über den Dolus bei Übertretungen und die Zuwiderhandlungen gegen die bezüglich der Sicherung der Erhebung öffentlicher Abgaben erlassenen Gesetze und Verordnungen, въ allgem. deut. Strafr. Zeitung за 1870 г., стр. 323—349; Binding, Normen, II, въ § 75; Lucas, § 24, приводитъ прусское законодательство и практику, а § 25 разсматриваетъ практику Reichsgericht'а.

(2) Ср. Pezold, die deutsche Strafrechtspraxis, стр. 484 и сл.; изъ комментаторовъ—Oppenhoff, Hahn.

(3) Рѣшенія 12 Окт. и 22 Ноябр. 1880 г. (Entsch, II, № 136 и III, № 20); хотя въ дальнѣйшей его практикѣ встрѣчаются и отступленія отъ этого начала.

Но практика кассаціоннаго сената, и притомъ безъ всякой надлежащей мотивировки [1] пошла по иному пути и по отношенію къ группѣ нарушеній акцизныхъ уставовъ, а въ частности устава питейнаго, признала, что для отвѣтственности за эти дѣянія не требуется наличности вины, такъ что, напр., случайность нарушенія не устраняетъ отвѣтственности, или, какъ выразился сенатъ, что общія начала уголовнаго права, изложенныя въ статьѣ 3 и 5, не имѣютъ примѣненія къ дѣламъ о нарушеніяхъ правилъ питейнаго устава, а для отвѣтственности за такія нарушенія судъ долженъ установить только голый фактъ нарушенія, не задаваясь вопросами о виновности [2], хотя нельзя не прибавить, что сенатъ не былъ устойчивъ въ своей практикѣ, и между его рѣшеніями встрѣчаются и такія, въ коихъ онъ вполнѣ признавалъ необходимость субъективной виновности и при нарушеніяхъ акцизныхъ уставовъ [3].

Такимъ образомъ и для полицейскихъ или фискальныхъ нарушеній необходимымъ условіемъ отвѣтственности является наличность вины съ ея двумя основными типами; все отличіе большинства изъ нихъ отъ тяжкихъ преступныхъ дѣяній состоитъ въ томъ, что при нарушеніяхъ оба оттѣнка виновности сравниваются по наказуемости, какъ это и выражено въ проектѣ нашего уголовнаго уложенія.

---

(1) Сенатъ мотивировалъ принятое имъ толкованіе: во 1-хъ, тѣмъ, что всякій торговецъ и предприниматель обязанъ знать и исполнять всѣ постановленія о торговлѣ, имъ предпринимаемой, не замѣчая, что на основаніи этого аргумента можно только не придавать значенія ссылкѣ виновнаго на невѣдѣніе закона, и, во 2-хъ, казенными интересами, хотя, конечно, фискальное значеніе пострадавшаго интереса ни въ чемъ не можетъ измѣнить одного изъ основныхъ принциповъ уголовной отвѣтственности, признаннаго и нашимъ уголовнымъ закономъ.

(2) Таковы рѣшенія сената $^{71}/_{1219}$, по дѣлу Познякова; $^{72}/$, по дѣлу Нечаева и многія другія. Ср. разборъ этой практики въ моемъ курсѣ, II, № 279.

(3) Ср., напр., рѣшенія по дѣлу Крамгольцева $^{72}/_{102}$; по дѣлу Рубановича $^{73}/_{139}$. Вообще въ самомъ существѣ усвоенной сенатомъ системы лежали уже основанія шаткости его практики, такъ какъ онъ никогда не могъ установить предѣла изъятія. Онъ упоминаетъ только о непримѣнимости къ этимъ дѣяніямъ статей 3 и 5 уложенія, но почему же тогда примѣнять къ нимъ ст. 92—103?

487. Указанная двойственность типовъ виновности усвоена всѣми новыми уголовными кодексами. При этомъ одни изъ нихъ, напр., партикулярные нѣмецкіе кодексы (баварскій 1813 г., ганноверскій, баденскій, а равно австрійскій), даютъ въ общей части особое, болѣе или менѣе, подробное опредѣленіе каждаго типа виновности; другіе (вюртембергскій, саксонскій) хотя и указываютъ въ общей части на отдѣльныя формы виновности, но отказываются отъ ихъ опредѣленія; третьи, по примѣру французскаго уложенія, говорятъ объ умыслѣ и неосторожности въ особенной части, при отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, предоставляя выводъ общихъ понятій доктринѣ; къ этой системѣ примкнули всѣ новѣйшія законодательства—бельгійское, германское, венгерское и голландское ([1]).

Нашъ сводъ законовъ хотя и содержалъ въ общей части цѣлый рядъ статей объ умыслѣ и неосторожности (ст. 3—6 изд. 1842 г.), но нигдѣ не опредѣлялъ этихъ понятій; къ этой же системѣ примкнуло и дѣйствующее уложеніе, такъ что только изъ разбора отдѣльныхъ его постановленій можно вывести опредѣленіе умысла и неосторожности; причемъ нельзя не прибавить, что самая его терминологія страдаетъ крайнею сбивчивостью: законъ безразлично употребляетъ, напр., выраженія «умышленно», «съ знаніемъ послѣдствій», «съ цѣлью», «съ намѣреніемъ», «злоумышленно» и т. д. ([2]).

Проектъ уголовнаго уложенія внесъ въ самый законъ опредѣленіе обоихъ видовъ виновности, въ виду того значенія, которое имѣютъ эти различія для опредѣленія и мѣры отвѣтственности и въ виду тѣхъ недоразумѣній, которое вызывало это различіе на

([1]) Самый вопросъ о необходимости вносить въ кодексъ опредѣленіе видовъ виновности вызвалъ споръ въ нѣмецкой литературѣ; утвердительно его рѣшаютъ Bauer, Gessler, въ особенности Binding, Normen, II, § 60; Bruck, Fahrlässigkeit стр. 101; отрицательно—Kitka, въ статьѣ: ob es Zweckmässig sei, den Begriff des bösen Vorsatzes in den Strafgesetzbüchern festzustellen, въ Archiv 1835 г. стр. 218—247; Birnbaum, въ статьѣ: ob Strafgesetzbücher keine algemeinen Bestimmungen in Hinsicht auf bösen Vorsatz enthalten sollen, въ Archiv, 1837 г. стр. 276—305, 473—519; Schwarze, Ortloff, John и др.

([2]) Нашъ сенатъ, въ рѣшеніи по дѣлу Пчелина, 1871 г., № 152, также пришелъ къ тому выводу, что различіе терминологіи въ уложеніи не имѣетъ значенія.

практикѣ; при этомъ, какъ замѣчаетъ объяснительная записка, проектъ довольствуется только установленіемъ существенныхъ признаковъ, предоставляя подробное развитіе этихъ понятій литературѣ и практикѣ.

Это нововведеніе проекта было встрѣчено весьма сочувственно многими нѣмецкими криминалистами ([1]).

488. *Умыселъ.* Проектъ уголовнаго уложенія (ст. 40) опредѣляетъ такимъ образомъ понятіе умышленной виновности: преступное дѣяніе почитается умышленнымъ, если виновный: 1) желалъ его учиненія, или 2) сознательно допускалъ наступленіе обусловливающаго преступность сего дѣянія послѣдствія.

По поводу этого опредѣленія въ объяснительной запискѣ указано: понятіе умысла или вины умышленной опредѣляется двумя признаками—сознаніемъ совершаемаго и направленіемъ воли, хотѣніемъ .... Хотѣніе составляетъ главный моментъ этого вида виновности, такъ какъ желать или даже и допускать что либо возможно только при сознаніи желаемаго. Поэтому коммисія въ свое опредѣленіе перваго вида умысла и внесла только моментъ хотѣнія, не упоминая о сознаніи дѣйствующаго, хотя само собою разумѣется, что при разрѣшеніи въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ вопроса объ умышленности этого рода, судъ долженъ прежде всего установить наличность сознанія, а потомъ уже опредѣлить направленіе воли дѣйствовавшаго.

([1]) Такъ, проф. Листъ говоритъ (сводъ замѣчаній, III, стр. 265): «Ст. 40 проекта представляетъ собою смѣлое, въ высшей степени интересное и, въ существенныхъ пунктахъ, вполнѣ удавшееся нововведеніе, сравнительно съ большинствомъ современныхъ уголовныхъ кодексовъ, пытающееся установить въ самомъ законѣ понятіе умысла и неосторожности. Опытъ показалъ, что установленіе этихъ понятій въ законѣ не только цѣлесообразно, но и необходимо. Наука и судебная практика могутъ и даже должны изъ закона развивать содержащіяся въ немъ, хотя и невыраженныя прямо, юридическія понятія; но онѣ не могутъ и не должны самостоятельно изобрѣтать эти понятія, если имъ не даны въ законѣ тѣ элементы, изъ коихъ онѣ должны сдѣлать отвлеченіе. Всюду, гдѣ законодательство предоставило литературѣ и практикѣ опредѣлить оба вида виновности, опредѣленіе этихъ понятій является обширнымъ полемъ для юридическихъ споровъ». Также одобряютъ внесеніе этихъ постановленій въ проектъ профессора: Гейеръ, Г. Мейеръ, Шютце и Вальбергъ.

Подобнаго же воззрѣнія на существо умышленной вины держится и наше дѣйствующее право; а потому умыселъ, оставляя пока въ сторонѣ его подраздѣленія, можетъ быть опредѣленъ, какъ сознательное и волимое направленіе дѣятельности, а умышленнымъ преступнымъ дѣяніемъ можетъ быть называемо дѣяніе, сознаваемое и волимое дѣятелемъ въ моментъ его учиненія.

489. Такимъ образомъ, первымъ элементомъ умысла является сознательная дѣятельность, т. е. наличность соотношенія между событіемъ, вызваннымъ во внѣшнемъ мірѣ дѣятельностью лица, и представленіемъ, которое существуетъ о совершившемся у дѣятеля.

Простѣйшею формою такой сознательной дѣятельности было бы полное тождество представленія и дѣйствительности, когда происшедшее является простымъ снимкомъ, копіею образовъ, созданныхъ творческою работою мышленія.

Но такого тождества между предполагаемымъ и выполненнымъ мы почти не встрѣчаемъ въ дѣйствительности и въ особенности въ области права уголовнаго, благодаря ограниченности нашей психической дѣятельности, благодаря сложности тѣхъ событій, которыя соотвѣтствуютъ понятію преступнаго дѣянія. Да такого тождества и не требуетъ вмѣненіе въ вину, ставящее условіемъ умышленности наличность сознанія (1). Умыселъ предполагаетъ, напр., представленіе о конкретномъ благѣ, на которое направляется посягательство, такъ что юридически нельзя говорить объ умыслѣ вообще на убійство, на кражу, на ниспроверженіе правительства, а необходимо, чтобы умыселъ былъ направленъ на жизнь какого либо лица, на взятіе какого либо предмета; но, съ другой стороны, эта опредѣленность объекта не означаетъ сознанія его индивидуальныхъ чертъ, а иногда ограничивается только опредѣленіемъ условій мѣста и времени посягательства. Такимъ образомъ, умышленнымъ убійцею будетъ тотъ, кто рѣшился убить всякаго, кого онъ встрѣ-

(1) Весьма обстоятельный анализъ этого вопроса даетъ Binding, Normen, II, § 58,—Vorstellung und Wille in ihrem Verhältniss bei den vorsätzlichen Delikt; Bar, Kausalzusammenhang, § 5, замѣчаетъ, что для понятія умысла вовсе не требуется, чтобы выполненное было фотографіею задуманнаго.

титъ въ данномъ мѣстѣ, а равно и тотъ, кто изъ мести къ жителямъ данной деревни отравилъ колодезь, изъ котораго они берутъ для питья воду.

Мы называемъ убійство умышленнымъ, какъ скоро дѣйствовавшій сознавалъ, что онъ направляетъ свой выстрѣлъ въ человѣка, что послѣдствіемъ выстрѣла будетъ смерть лица; умышленность убійства не зависитъ отъ того, зналъ ли стрѣлявшій, сколько лѣтъ жертвѣ, красива она или дурна, больна или здорова и т. д.: если виновный предполагалъ ошибочно, что онъ стрѣляетъ въ брюнета, а не въ блондина и т. п., онъ все таки остается убійцею.

Далѣе, кромѣ объекта, реальный характеръ умышленнаго преступнаго дѣянія предполагаетъ извѣстную спеціализацію способа и средствъ дѣйствія, если мы только говоримъ о преступной волѣ, какъ о причинѣ преступнаго дѣйствія; такимъ образомъ, мы говоримъ объ умыслѣ отравить, убить изъ пистолета, похитить тайно, посредствомъ обмана. Но и въ этомъ отношеніи не требуется полной спеціализаціи; опредѣленіе порядка дѣйствія и средствъ выполненія можетъ быть сдѣлано только въ общихъ чертахъ, такъ какъ виновный могъ и не знать тѣхъ химическихъ или механическихъ процессовъ, путемъ которыхъ задуманное должно было осуществляться. Мало того, даже иногда болѣе или менѣе существенное отклоненіе отъ предположеннаго порядка дѣятельности и, въ особенности, хода вызванныхъ ею результатовъ не устраняетъ умышленности; на этомъ основаніи долженъ быть признанъ умышленнымъ убійцею тотъ, кто, желая утопить другаго, сбросилъ его въ рѣку, а оказалось, что сброшенный умеръ не отъ утопленія, а оттого, что, падая, ударился о камень и пробилъ себѣ черепъ.

Однимъ словомъ, сознаніе, какъ элементъ умысла, не требуетъ тождества предполагаемаго съ выполненнымъ и довольствуется сходствомъ, такъ что отсутствіе представленія о нѣкоторыхъ обстоятельствахъ учиненнаго преступнаго дѣянія или ошибочное о нихъ представленіе не всегда устраняетъ умышленность.

Съ другой стороны, также несомнѣнно, что несходство предполагаемаго и выполненнаго можетъ близко граничить съ полнымъ ихъ различіемъ и даже противоположеніемъ. Поэтому долженъ существовать извѣстный предѣлъ, за которымъ уже невѣрность представленій о происшедшемъ является на столько значи-

*

тельною, что устраняетъ сознаніе учиненнаго, а вмѣстѣ съ тѣмъ и умышленность дѣйствія.

Изученіе этого предѣла приводитъ къ разсмотрѣнію чрезвычайно важнаго и теоретически и практически ученія о невѣдѣніи и заблужденіи о преступности учиненнаго и о вліяніи такой ошибки на уголовную виновность и отвѣтственность (1).

490. Римское право (2), котораго постановленія до послѣдняго времени служили главнымъ основаніемъ для рѣшенія даннаго вопроса, признавало безнаказанность не только въ случаяхъ невѣдѣнія и заблужденія относительно фактическихъ обстоятельствъ, но и при заблужденіи касательно конкретныхъ юридическихъ отношеній и даже и правовыхъ нормъ; но отъ этого невѣдѣнія оно рѣзко отдѣляло ссылку на невѣдѣніе запрещенности совершеннаго, постоянно проводя то начало, что незнаніе закона всегда вредитъ и не можетъ служить для оправданія не только при нарушеніяхъ общественныхъ, коихъ преступность ex animo, non extra venit, но и при delicta juris civilis (3).

---

(1) Литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 195, примѣч. 40, а также Binding, Grundriss, § 48; изъ монографій особенно можно указать на Häberlin, über den Irrthum im Strafrechte, Gerichtssaal, 1865 г.; содержаніе этого изслѣдованія изложено въ статьѣ А. Кони, объ ошибкѣ въ области уголовнаго права, въ журн. мин. юст. за 1865 г. стр. 419—444; Geyer, Erörterungen aus dem Strafrechte, глава 2-я, Irrthum im Strafsachen. Въ особенности же обширное изслѣдованіе E. Zittelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879 г., охватывающее этотъ вопросъ по отношенію къ гражданскому и уголовному праву, но останавливающееся главнымъ образомъ на первомъ. Спеціальная литература по вопросу о невѣдѣніи юридическомъ будетъ указана далѣе.

(2) Ср. Savigny, System des heütigen römischen Rechts, III, стр. 390; Gessler въ Gerichtssaal, 1859 г., стр. 228 и сл.; Köstlin, § 113, пр. 6 и 7. Примѣры изъ исторіи права у евреевъ, грековъ и римлянъ—см. у Mayer, Geschichte der Strafrechte, 1876 г., § 32. Болѣе подробныя историческія указанія приведены въ моемъ курсѣ, II, № 206 и сл.

(3) Таково въ особенности постановленіе Валентиніана и др. constitutiones principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus (l. 12 Cod de jur. et facti ignor. I, 18), или еще болѣе извѣстное положеніе Павла: regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. Binging, Normen, II, § 53, защищаетъ, впрочемъ, ту мысль, что въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ требовалось сознаніе противозаконности.

Однако изъ этого суроваго принципа римское право, съ свойственнымъ ему юридическимъ тактомъ, допускало изъятія для такихъ лицъ, которыя не имѣли возможности ознакомленія съ закономъ—quibus jus ignorare permissum est.

Эта система, съ небольшими редакціонными измѣненіями, была принята и въ кодексахъ начала нынѣшняго столѣтія, также строго отдѣлявшихъ фактическое и юридическое заблужденіе ([1]). Что касается нынѣ дѣйствующихъ законодательствъ, то германскій кодексъ содержитъ спеціальное постановленіе (§ 59) о вліяніи на отвѣтственность невѣдѣнія и заблужденія относительно фактической обстановки учиненнаго, причемъ комментаторы и практика Reichsgericht'а ([2]) распространяютъ дѣйствіе этой статьи и на невѣдѣніе юридической обстановки дѣянія, исключая, однако, отсюда представленіе о запрещенности учиненнаго; вмѣстѣ съ тѣмъ практика не примѣняетъ правила, выраженнаго въ § 59, къ тѣмъ дѣяніямъ, при которыхъ преступность и наказуемость зависятъ исключительно отъ объективныхъ условій. Совершенно сходно съ постановленіями германскаго кодекса и правило, принятое въ кодексѣ венгерскомъ (§ 82).

Кодексы французскій, бельгійскій и голландскій вовсе не упоминаютъ о вліяніи ошибки и заблужденія на отвѣтственность;

([1]) Въ виду устраненія фиктивности положенія, что никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона, въ концѣ прошлаго столѣтія явилось предположеніе сдѣлать обученіе уголовнымъ законамъ обязательнымъ въ школахъ. Ср. Tittman, über den Unterricht des Volks in den Strafgesetzen auf Schulen, 1799 г. Таково же извѣстное положеніе наказа Екатерины II (ст. 158) «уложеніе, всѣ законы въ себѣ содержащее, должно быть книгою весьма употребительною, и которую бы за малую цѣну достать можно было, на подобіе букваря. Преступленія не столь часты будутъ, чѣмъ большое число людей уложеніе читати и разумѣти станутъ. И для того предписать надлежитъ, чтобы во всѣхъ школахъ учили дѣтей грамотѣ попеременно изъ церковныхъ книгъ, и изъ тѣхъ книгъ, кои законодательство содержатъ».

([2]) Ср. Olshausen, § 59, № 14, а также рѣшеніе германскаго Reichsgericht'а отъ 16 Апрѣля 1880 г., коимъ признано, что невѣдѣніе положеній гражданскаго права, обусловливающее составъ преступнаго дѣянія, имѣетъ такое же значеніе, какъ и невѣдѣніе фактическое; особенно подробно разсмотрѣнъ этотъ вопросъ въ рѣшеніи 27 Мая 1881 г. Указанія на практику высшихъ нѣмецкихъ судовъ по примѣненію § 59, до введенія новаго германскаго судоустройства, сдѣланы въ моемъ курсѣ, № 207, прим. 97.

французскіе комментаторы и кассаціонная практика пополняютъ въ этомъ отношеніи пробѣлъ закона и признаютъ, что невѣдѣніе и заблужденіе фактическое разрушаетъ умышленность, а вмѣстѣ съ тѣмъ и преступность; но ссылка на невѣдѣніе запрещенности дѣянія ни въ какомъ случаѣ не можетъ служить оправданіемъ (1).

Въ нашемъ правѣ особыя постановленія по этому вопросу появились только въ уложеніи 1845 г. Статья 99 говоритъ: кто учинитъ что либо, противное закону, единственно по совершенному, отъ случайной ошибки или вслѣдствіе обмана происшедшему невѣдѣнію тѣхъ обстоятельствъ, отъ коихъ именно дѣяніе его обратилось въ противозаконное, тому содѣянное имъ, не вмѣняется въ вину. Онъ можетъ, однако же, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, закономъ опредѣляемыхъ, быть присуждаемъ къ церковному покаянію.

Это положеніе относится ко всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, безотносительно къ ихъ важности, за исключеніемъ только тѣхъ, гдѣ, по особому постановленію закона, достаточна объективная наличность какого либо условія.

Относительно невѣдѣнія запрещенности наше уложеніе никакихъ постановленій не содержитъ; но статья 62 законовъ основныхъ говоритъ общимъ образомъ, что никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона, если только законъ былъ обнародованъ установленнымъ порядкомъ (2).

Уставъ о наказаніяхъ и уставъ воинскій вовсе не упоминаютъ о

---

(1) Ср. Ortolan, № 407; Blanche, II, № 268; E. Pochonnet, de l'erreur de droit, 1858 г., стр. 16, замѣчаетъ, что французскій судья, освободившій отъ отвѣтственности на основаніи невѣдѣнія закона обвиняемымъ, былъ бы виновенъ въ превышеніи власти. Нельзя не указать, что декретъ 5 Ноября 1870 г. допустилъ возможность оправдательной ссылки на невѣдѣніе закона, если нарушеніе закона учинено не позже трехъ дней послѣ его обнародованія. Впрочемъ, нѣкоторые французскіе писатели, какъ Garraud, № 150, Lainé, № 205, вообще допускаютъ ссылку на невозможность узнать постановленія закона.

(2) Правило это взято изъ указа Петра I-го 10 Апрѣля 1716 г. (п. с. з., № 3010), гдѣ было сказано, чтобы напечатать воинскій уставъ въ большомъ числѣ экземпляровъ и разослать по губерніямъ и канцеляріямъ, дабы невѣдѣніемъ никто не отговаривался. Потомъ это правило было точно формулировано въ уставѣ таможенномъ 1819 г., § 446 (п. с. з., № 28030).

вліяніи ошибки и заблужденія, и судьи, при примѣненіи этихъ уставовъ, должны руководствоваться уложеніемъ ([1]).

Проектъ редакціонной коммисіи сохранилъ спеціальное правило, что невѣдѣніе обстоятельства, коимъ обусловливается преступность дѣянія или которое усиливаетъ отвѣтственность, устраняетъ вмѣненіе онаго въ вину; при неосторожныхъ дѣяніяхъ правило сіе не примѣняется, коль скоро самое невѣдѣніе произошло отъ небрежности виновнаго.

491. Обращаясь къ болѣе подробному разсмотрѣнію этихъ положеній, я, прежде всего, считаю необходимымъ изслѣдовать отдѣльно, какъ дѣлаетъ это дѣйствующее право и проектъ, ошибку фактическую и ошибку юридическую. Въ обоихъ случаяхъ дѣйствующій ошибочно предполагаетъ, что учиненное имъ не составляетъ преступнаго дѣянія, но эта ошибка можетъ быть двояка: или онъ ошибочно предполагаетъ, что учиненное не содержитъ въ себѣ тѣхъ условій, которыя требуются для бытія преступнаго дѣянія—ошибка относительно наличности условій преступнаго дѣянія или ошибка фактическая; или же онъ ошибочно предполагаетъ, что учиненное не относится къ категоріи преступныхъ дѣяній, ошибается относительно его запрещенности—ошибка юридическая ([2]).

Я начну съ разсмотрѣнія ошибки перваго рода.

Несоотвѣтствіе предположенія и дѣйствительности можетъ проистекать или отъ незнанія даннымъ лицомъ фактическихъ условій дѣятельности, отъ недостатка представленій, соотвѣтствующихъ дѣйствительности—невѣдѣніе въ тѣсномъ смыслѣ, или отъ неправильнаго представленія этой обстановки—заблужденіе; но какъ невѣдѣніе, такъ и заблужденіе, подходятъ подъ одно родовое поня-

---

([1]) Ср. Н. Неклюдовъ, руководство, II, стр. 37.

([2]) Ср. въ особенности Zitelmann, стр. 319. Въ доктринѣ различаютъ еще третій случай ошибки относительно соотношенія между учиняемымъ дѣяніемъ и запретомъ закона, когда дѣйствующій знаетъ то, что онъ дѣлаетъ, сознаетъ то, что запрещено закономъ, но ошибается относительно того, что совершаемое имъ соотвѣтствуетъ условіямъ преступнаго дѣянія, такъ называемая Subsumtionsirrthum; но, по справедливому замѣчанію Бара (стр. 264), признаніе этого особаго вида ошибки основывается на недоразумѣніи; если дѣеспособный субъектъ не сознаетъ тождества между двумя тождественными предметами, то это значитъ, что онъ ошибочно смотритъ на одинъ изъ нихъ.

тіе—ошибки (error, Irrthum), такъ какъ ихъ общій результатъ— отсутствіе сознанія дѣйствительности.

Причина невѣдѣнія или заблужденія можетъ лежать исключительно въ самомъ дѣйствующемъ, въ условіяхъ его психической дѣятельности, можетъ быть послѣдствіемъ его темперамента, степени развитія, состоянія возбужденности и т. п., или же этою причиною могутъ быть другія лица, дѣйствовавшія, въ свою очередь, или безсознательно или же сознательно и даже намѣренно; такъ что, какъ говоритъ наше уложеніе, заблужденіе можетъ происходить или отъ случайной ошибки или отъ обмана; но и это различіе не имѣетъ практической важности: тотъ, кто даетъ другому мышьякъ, предполагая, что въ банкѣ, изъ которой онъ беретъ, насыпана магнезія, находится въ такомъ же фактическомъ заблужденіи, какъ и тотъ, кто далъ больному, подъ видомъ лекарства, ядъ, присланный по ошибкѣ изъ аптеки.

Во всякомъ случаѣ, и невѣдѣніе, и заблужденіе, предполагаютъ отсутствіе сознанія дѣйствительности; поэтому къ нимъ не могутъ быть приравниваемы случаи сомнѣнія въ свойствахъ совершаемаго, когда предполагаемое и выполненное оказались сходными другъ съ другомъ, но дѣйствовавшій въ моментъ дѣйствія не былъ увѣренъ, сомнѣвался въ достовѣрности своихъ предположеній.

492. По своему содержанію, ошибка относительно наличности состава преступнаго дѣянія можетъ относиться или: 1) къ дѣянію и его послѣдствіямъ, и притомъ или къ отдѣльнымъ фактическимъ условіямъ совершеннаго, или къ установленію взаимнаго отношенія этихъ условій, къ выводамъ изъ фактовъ; или же 2) къ предположеніямъ объ основаніяхъ дѣятельности, къ ея мотивамъ.

Такимъ образомъ, ошибка перваго рода возможна:

Во 1-хъ, относительно объекта посягательства, его физическихъ свойствъ, его общественнаго и государственнаго положенія и т. д.; такова, напр., ссылка обвиняемаго въ убійствѣ на то, что онъ предполагалъ, что предметъ, лежавшій подъ кустомъ, въ который онъ стрѣлялъ, былъ заяцъ, а не человѣкъ; ссылка обвиняемаго въ растлѣніи малолѣтней съ ея согласія на то, что онъ полагалъ, что дѣвушкѣ, вступившей съ нимъ въ связь, давно уже исполнилось 14 лѣтъ и т. д.

Во 2-хъ, ошибка можетъ относиться къ обстановкѣ преступнаго дѣянія, какъ, напр.: а) къ мѣсту дѣйствія, когда, напр., обвиняемый въ святотатствѣ ссылается на то, что онъ не зналъ, что мѣсто, изъ коего онъ совершилъ кражу, есть часовня, или временное церковное хранилище; б) ко времени совершенія, когда обвиняемый, напр., въ несвоевременномъ освѣщеніи улицы, оправдывается тѣмъ, что онъ не зналъ, что наступилъ требуемый часъ; в) къ средствамъ и способамъ дѣйствія, когда обвиняемый въ отравленіи оправдывается тѣмъ, что онъ не зналъ, что употребляемое имъ вещество было ядовито и т. д.

Въ 3-хъ, ошибка можетъ относиться къ причинной связи явленій, къ тѣмъ измѣненіямъ, которыя учиненный поступокъ можетъ вызвать въ окружающемъ мірѣ, когда, напр., лицо, обвиняемое въ поджогѣ, ссылается въ свое оправданіе на то, что оно не знало, что отъ тренія даннаго предмета произойдетъ воспламененіе или что отъ прибавки даннаго вещества къ извѣстному составу произойдетъ взрывъ.

Но къ какимъ бы элементамъ состава ни относилось невѣдѣніе и заблужденіе, значеніе этихъ ошибочно представляемыхъ обстоятельствъ по отношенію къ существу вмѣняемаго въ вину преступнаго дѣянія можетъ быть троякое:

1) Ошибка можетъ относиться къ обстоятельствамъ, обусловливающимъ преступность дѣянія и входящимъ въ число его законныхъ признаковъ.

2) Ошибка можетъ относиться къ обстоятельствамъ, выдѣляющимъ данное дѣяніе изъ родоваго понятія преступленія въ особый видъ, подлежащій усиленной или уменьшенной отвѣтственности.

3) Ошибка можетъ относиться къ такимъ фактическимъ обстоятельствамъ, которыя хотя и встрѣчаются въ данномъ случаѣ, но не имѣютъ значенія ни для состава преступнаго дѣянія, ни для его наказуемости.

493. Какое же вліяніе имѣетъ эта ошибка дѣйствующаго относительно фактической обстановки дѣянія на вмѣненіе учиненнаго въ вину и на наказуемость?

Отвѣтъ на это зависитъ отъ значенія этихъ обстоятельствъ для состава преступныхъ дѣяній, какъ это и выражено въ ст. 99 уложенія, и въ постановленіяхъ проекта.

Такъ, если ошибка относится къ обстоятельствамъ, обусловливающимъ преступность, отъ коихъ, какъ говоритъ уложеніе, именно дѣяніе обратилось въ противозаконное, то учиненное утрачиваетъ характеръ умышленнаго посягательства, такъ какъ нельзя желать или даже допускать наступленія такихъ фактовъ, которыхъ не предвидѣлъ дѣйствующій; нельзя считать причиненіе кому либо вреда или смерти умышленнымъ разстройствомъ здоровья или убійствомъ, если виновный предполагалъ, что его ударъ или выстрѣлъ направлены на неодушевленный предметъ или на животное; нельзя считать тайное взятіе вещи кражею, если взявшій добросовѣстно предполагалъ, что вещь, которую онъ беретъ, составляетъ его собственность.

Но, устраняя умышленность, подобная ошибка не устраняетъ еще возможной отвѣтственности за легкомысліе и небрежность, если дѣйствующій могъ, при надлежащей съ его стороны внимательности, предвидѣть и узнать то, что въ дѣйствительности произошло, и если, конечно, неосторожность, по отношенію къ данному роду посягательствъ, признается наказуемою. Полное устраненіе всякой отвѣтственности наступаетъ только тогда, когда предвидѣніе или узнаніе даннаго обстоятельства представлялось невозможнымъ. Въ этомъ смыслѣ должно быть понимаемо выраженіе дѣйствующаго уложенія, что не вмѣняется въ вину происшедшее отъ *случайной* ошибки, такъ какъ происшедшее отъ неосторожной ошибки можетъ быть еще вмѣнено въ вину неосторожную; проектъ же прямо указываетъ, что положеніе объ устраненіи вмѣненія въ силу ошибки не относится къ неосторожнымъ дѣяніямъ, какъ скоро самое невѣдѣніе произошло отъ небрежности виновнаго.

Если, далѣе, ошибка относится къ обстоятельствамъ, выдѣляющимъ данный случай изъ родоваго понятія, то такая ошибка не устраняетъ умышленности дѣйствія, но устраняетъ возможность усиленія отвѣтственности по поводу обстоятельства, оставшагося учинившему неизвѣстными: если виновный зналъ, что онъ посягаетъ на жизнь человѣка, но не зналъ, что убитый—его

этецъ, то онъ можетъ быть признанъ виновнымъ въ умышленномъ убійствѣ, но не въ отцеубійствѣ.

Наконецъ, если ошибка относится къ обстоятельствамъ, не имѣющимъ никакого значенія для состава или квалификаціи преступнаго дѣянія, то она остается безъ всякаго вліянія на виновность и отвѣтственность: ошибочное предположеніе вора о томъ, что украденныя вещи принадлежатъ его сосѣду, когда онѣ въ дѣйствительности принадлежатъ другому лицу, ошибочное предположеніе отравителя, что онъ даетъ дигиталинъ, когда онъ на самомъ дѣлѣ отравилъ морфіемъ, или невѣрное предположеніе его о томъ, что данный имъ ядъ произведетъ прекращеніе дѣйствія сердца, между тѣмъ какъ смерть произошла отъ зараженія крови и т. д., не могутъ имѣть никакого значенія для вмѣненія въ вину и отвѣтственности.

Но, разумѣется, всѣ эти положенія не относятся къ тѣмъ условіямъ преступности или условіямъ, квалифицирующимъ отвѣтственность, для вліянія коихъ законъ требуетъ только констатированія объективнаго ихъ существованія, какъ бы предполагая знаніе ихъ виновнымъ, а въ особенности, если такая презумпція является съ характеромъ praesumptio juris et de jure, т. е. не допускаетъ опроверженія.

494. Всѣ предшествующія замѣчанія имѣли въ виду чисто фактическія условія преступнаго дѣянія; но составъ многихъ преступныхъ дѣяній обставляется еще извѣстными юридическими фактами, предположеніями, вытекающими изъ положеній права гражданскаго, государственнаго, финансоваго и т. д.; поэтому мы можемъ себѣ представить и такіе случаи, когда невѣдѣніе и заблужденіе о наличности условій преступнаго дѣянія будетъ относиться къ этой юридической его обстановкѣ: обвиняемый въ кровосмѣшеніи съ двоюродною сестрою ссылается въ оправданіе свое на то, что онъ не зналъ, что онъ состоитъ съ этою женщиною въ 4-й степени родства, обусловливающей бытіе кровосмѣшенія; обвиняемый въ двоебрачіи оправдывается тѣмъ, что онъ не зналъ, что рѣшеніе духовнаго суда, которымъ былъ расторгнутъ его первый бракъ, оказалось недѣйствительнымъ; обвиняемый въ похищеніи или присвое-

ніи вещи ссылается на то, что онъ думалъ, что вещь законно была ему уступлена и т. д (1).

Такое невѣдѣніе и заблужденіе можетъ относиться или къ конкретно существующимъ юридическимъ отношеніямъ, обусловливающимъ данное преступное дѣяніе, или къ самимъ нормамъ и законоположеніямъ, на которыхъ покоятся эти отношенія.

Эти юридическія отношенія и предположенія, по той роли которую они играютъ въ составѣ преступнаго дѣянія, представляютъ, какъ и фактическія обстоятельства, три оттѣнка: или они опредѣляютъ самую преступность дѣянія, или они являются условіями, выдѣляющими извѣстное дѣяніе изъ родоваго типа, или же они хотя и упоминаются въ обрисовкѣ состава дѣянія, но не имѣютъ никакого существеннаго значенія; а потому и юридическое значеніе такой ошибки совершенно аналогично съ ошибкою въ фактическихъ обстоятельствахъ дѣянія.

495. Къ числу такихъ обстоятельствъ, обусловливающихъ бытіе преступнаго дѣянія, могутъ относиться и извѣстныя предположенія и условія, устанавливаемыя закономъ уголовнымъ, а въ частности, условія, уничтожающія преступность дѣянія. Какое значеніе имѣетъ, напр., ошибочное предположеніе дѣйствующаго, что онъ находился въ условіяхъ, устраняющихъ непреступность посягательства на правоохраненный интересъ. Вопросъ этотъ считается спорнымъ и въ доктринѣ, и въ практикѣ, но я полагаю, что онъ долженъ быть разрѣшенъ по тѣмъ же основаніямъ, какъ и ошибка въ фактической обстановкѣ дѣянія, такъ какъ мы должны имѣть въ виду, что мы говоримъ не объ умышленныхъ или неосторожныхъ дѣйствіяхъ вообще, а о преступномъ умыслѣ и преступной неосторожности; что, говоря о сознаніи, какъ элементѣ умышленной

---

(1) Ср. примѣры въ статьѣ Gessler'а въ Gerichtssaal за 1859 г., стр. 218 и сл. Schütze, Lehrbuch, § 42, пр. 6, хотя и приравниваетъ эти условія къ фактическимъ, но самую ошибку этого рода разсматриваетъ, какъ uneigentlicher Rechtsirrthum. Даже большинство тѣхъ криминалистовъ, которые не придаютъ значенія ссылкѣ на невѣдѣніе запрещенности, въ разбираемыхъ случаяхъ не допускаютъ вмѣненія учиненнаго въ умышленную вину. Contra, Bar въ Gerichtssaal, 1886 года

вины, мы говоримъ не о сознаніи и предвидѣніи извѣстнаго событія, дѣйствія и его результатовъ, а о сознаніи и предвидѣніи преступнаго дѣянія, т. е. дѣянія, запрещеннаго закономъ подъ страхомъ наказанія, въ составъ коего входятъ и фактическіе, и юридическіе моменты.

Кромѣ того, разстояніе, отдѣляющее чисто фактическіе моменты отъ юридическихъ, весьма не велико и заблужденіе часто незамѣтно переходитъ изъ одной группы въ другую. Ошибочная ссылка обвиняемаго на согласіе пострадавшаго есть ошибка въ фактической обстановкѣ, на сколько она относится къ бытію согласія, и ошибка въ юридической обстановкѣ, на сколько она относится къ дѣйствительности согласія, къ дѣеспособности согласившагося, къ объему правъ, принадлежащихъ ему относительно уступаемаго блага, и т. д.

Подобныя же соображенія примѣнимы и къ наиболѣе спорному вопросу объ ошибочной ссылкѣ на необходимость или оборону, при мнимой оборонѣ. Если кто либо ошибочно, отъ страха, вообразилъ, что встрѣтившійся съ нимъ въ полѣ, шедшій ему на встрѣчу человѣкъ, готовился нанести ему ударъ и выстрѣлилъ въ него, между тѣмъ какъ оказалось, что это шелъ его хорошій знакомый, то мы можемъ обвинять стрѣлявшаго въ легкомысленномъ, небрежномъ отношеніи къ правоохраненному интересу, мы можемъ примѣнить къ нему постановленія о неосторожномъ лишеніи жизни; но не можемъ считать его умышленнымъ убійцею. Но положимъ, что заблужденіе такого лица, по обстоятельствамъ дѣла, представляется извинительнымъ, что его нельзя укорить даже въ легкомысліи и небрежности: тогда мы должны признать учиненное имъ невмѣняемымъ ни въ какую вину. Представимъ себѣ, что нѣсколько человѣкъ, ради шутки, чтобы попугать своего знакомаго, напали на него замаскированные, требуя отдачи часовъ и кошелька, но встрѣтили отъ него неожиданный отпоръ и одинъ изъ пошутившихъ былъ убитъ; нападеніе объективно на правоохраненный интересъ не существовало, оборона была мнимая; но не можемъ ли мы сказать, что учиненное обратилось въ противозаконное, единственно по совершенному, отъ случайной ошибки, невѣдѣнію тѣхъ обстоятельствъ, отъ коихъ зависитъ его противозаконность, а

потому это убійство и не можетъ быть вмѣнено ни въ какук вину ([1])?

496. Въ близкомъ отношеніи къ вопросу объ ошибкѣ въ обстановкѣ дѣянія стоитъ вопросъ о заблужденіи относительно основаній, побудившихъ лицо къ преступному дѣйствію, или ошибка въ мотивахъ; но такъ какъ мотивъ дѣятельности, по общему правилу, не признается существеннымъ условіемъ преступности, то и ошибочность мотива или несуществованіе предполагаемыхъ основаній дѣятельности далеко не всегда уничтожаетъ умышленность вины, если только преступный путь дѣятельности былъ выбранъ сознательно. Такъ, несомнѣнно отвѣчаетъ за убійство тотъ, кто ошибочно полагалъ, что убитый былъ любовникомъ его жены; убійство съ цѣлью ограбленія не утрачиваетъ квалифицированнаго характера, хотя бы оказалось, что у убитаго нѣтъ никакого имущества. Но изъ этого общаго правила, конечно, должно быть сдѣлано изъятіе для тѣхъ преступныхъ дѣяній, гдѣ наличность извѣстнаго мотива входитъ въ самый ихъ составъ; поэтому, учинившій вызовъ на поединокъ будетъ не наказуемъ (ст. 1499), если онъ ошибочно предполагалъ, что вызваннымъ нанесено тяжкое оскорбленіе его женѣ или невѣстѣ. Сверхъ сего, ошибочный мотивъ дѣятельности можетъ быть основаніемъ смягченія отвѣтственности въ тѣхъ случаяхъ, когда предполагаемое основаніе дѣятельности, если бы предположеніе оказалось вѣрнымъ, послужило основаніемъ смягченія наказанія, или когда оно, не смотря на его ошибочность, вызвало аффектированное состояніе дѣйствующаго ([2]).

([1]) Въ нѣмецкой литературѣ этотъ вопросъ весьма споренъ; такъ, изъ новѣйшихъ криминалистовъ H. Meyer, стр. 221, допускаетъ въ этомъ случаѣ наказуемость за неосторожность; Liszt, стр. 153—наказуемость за умыселъ, а Hälschner, стр. 325—безнаказанность.

([2]) Совершенно внѣ даннаго вопроса стоятъ случаи завѣдомаго учиненія преступныхъ дѣяній изъ религіознаго или политическаго фанатизма, когда виновный, сознавая, что онъ учиняетъ преступленіе, полагалъ, что онъ обязанъ къ этому требованіями религіи или его политическими убѣжденіями; конечно, въ этихъ случаяхъ не можетъ быть и рѣчи о ссылкѣ на невѣдѣніе и заблужденіе. Ср. Häberlin, über Rechtswahn und Wahnverbrechen въ архивѣ Goltdammer'a, т. XIII, стр. 233 и сл. Многіе изъ партикулярныхъ нѣмецкихъ кодексовъ, по примѣру баварскаго уложенія 1813 г., особо упоминали о неизвиняемости дѣяній этого рода. С. Бар-

497. Обращаясь къ другой группѣ случаевъ ошибки дѣйствующаго, а именно къ ссылкѣ на невѣдѣніе или заблужденіе относиельно преступности и наказуемости учиненнаго (¹), мы встрѣаемъ, какъ было указано выше, въ практикѣ всѣхъ западныхъ осударствъ твердо установившееся положеніе, что ссылка на невѣніе запрещенности дѣянія никогда не можетъ имѣть оправдаельнаго значенія; точно также и нашъ уголовный кассаціонный епартаментъ, въ цѣломъ рядѣ рѣшеній (²), опираясь на ст. 62 аконовъ основныхъ, твердо установилъ то положеніе, что никто е можетъ отговариваться незнаніемъ закона уголовнаго.

Проектъ не касается этого вопроса, а объяснительная записка заѣчаетъ: въ виду прямаго постановленія по сему предмету ст. 62 аконовъ основныхъ, ссылка подсудимаго на то, что онъ не зналъ, то учиненное имъ дѣяніе запрещено закономъ, не можетъ имѣть икакого вліянія на его отвѣтственность; но чрезъ это не устраяется право обвиняемаго ссылаться на то, что, по обстоятельтвамъ дѣла, онъ не только не зналъ, но и не могъ знать запреценности учиненнаго, такъ что его дѣяніе должно быть разсматриаемо какъ случайное.

Въ доктринѣ это воззрѣніе и нынѣ, несомнѣнно, господствуетъ и ритомъ, какъ во французской, такъ и въ нѣмецкой литературѣ (³),

---

евъ, начала, стр. 73 и сл., переводитъ терминъ Rechtswahn выраженіемъ правомечтаніе» и опредѣляетъ, какъ предпочтеніе субъективнаго убѣжденія— бъективной истинѣ. Тотъ же терминъ принимаетъ А. Кистяковскій, № 240.

(¹) См. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 201, пр. 56. Изъ позднѣйихъ монографій и многочисленныхъ статей, посвященныхъ этому вопросу, ожно указать F. Oetker, über den Einfluss des Rechtsirrthums im Strafrechte, 376 г.; Gessler въ Gerichtssaal 1859 г., стр. 217—237, 307—359; въ 1862 г., р. 232—239; Heinze въ Gerichtssaal 1861 г., стр. 397—449; Ortmann въ Gerichtsal, 1877 г., стр. 241—268; 1878 г., стр. 30 и сл.; Simon въ Gerichtssaal 1880 г., р. 416 и сл.; Fuchs въ Gerichtssaal, 1884 г., стр. 1; Bar въ Gerichtssaal, 1886 г., р. 252—289; Lucas, subjective Verschuldung, стр. 60—105 и въ Gerichtssaal, 384 г., стр. 401; сводъ мнѣній французскихъ криминалистовъ по этому вопросу Le-Selleyer, Traité de la criminalité, I, № 126, пр. 1.

(²) См. мое изданіе уложенія, тезисы 13 и сл. подъ ст. 147; ср. также мой урсъ, II, № 208, пр. 105.

(³) Такъ, изъ новѣйшихъ нѣмецкихъ писателей къ сторонникамъ этого взгляда носятся: Köstlin, Berner, Liszt, H. Meyer, Schaper, Wächter, Lucas, Hälschner. р. сопоставленіе различныхъ опредѣленій умышленности по отношенію къ дан-

хотя въ послѣднее время встрѣчаются представители иного направленія, доказывающіе, что положеніе—ignorantia juris semper nocet—вноситъ въ уголовное право формализмъ, противорѣчащій природѣ уголовной отвѣтственности (1).

ному вопросу у E. Heitz, das Wesen des Vorsatzes, 1885 г., стр. 40 и сл. Liszt, § 38, выходя изъ того положенія, что умыселъ (Vorsatz) заключаетъ въ себѣ только сознаніе причинной связи послѣдствій съ дѣйствіемъ, а вовсе не объемлетъ сознанія всего юридическаго состава преступнаго дѣянія, приходитъ къ тому выводу, что подобно тому, какъ ложное представленіе о противозаконности учиненнаго (delicta putativa) не можетъ служить во вредъ учинившему, такъ и ложное представленіе о непреступности содѣяннаго (error juris criminalis) не можетъ служить ему въ пользу, и что это послѣднее положеніе одинаково относится какъ къ представленію о незапрещенности дѣянія, такъ и къ ложному предположенію о томъ, что дѣйствующій находится въ состояніи, исключающемъ преступность дѣянія. H. Meyer, § 25, признавая, что ссылка на невѣдѣніе запрета дѣянія никакого значенія не имѣетъ, въ то же время допускаетъ, что ссылка на заблужденіе относительно обстоятельствъ, устраняющихъ преступность дѣянія, исключаетъ умышленную виновность. Bar, Zur Lehre vom Rechtsirrthum, высказываясь за возможно строгое проведеніе этого взгляда въ уголовномъ правѣ, сознается (стр. 287), что онъ можетъ привести къ значительной суровости и указываетъ рядъ средствъ смягченія этой доктрины, между прочимъ, и помилованіе. Посредствующую теорію защищаетъ Heinze, въ его статьѣ въ Gerichtssaal, 1861 г.; отрицая необходимость для умысла сознанія противозаконности, онъ ставитъ, однако, условіемъ умышленности Pflichtwidrigkeit. Разборъ его теоріи у Ortmann, Gerichtssaal, 1877 г. Гейеръ въ Grundriss ставитъ условіемъ умышленности не знаніе противозаконности учиненнаго, а знаніе вредоносности этого дѣянія для другихъ. Hälschner, Strafrecht, стр. 250 и сл., въ особенности 255, пр. 1, развивая воззрѣніе Heinze, приходитъ къ тому выводу, что сознаніе Pflichtwidrigkeit въ сущности то же, что и сознаніе Normwidrigkeit у Binding'а, такъ какъ для виновности важно не сознаніе бытія нормы, а сознаніе обязанности, изъ нея вытекающей; но, по мнѣнію Гельшнера, признакъ, установленный Гейнце, заслуживаетъ предпочтенія на томъ основаніи, что требованіе знанія нормы легко можетъ привести къ совершенно невѣрному требованію знанія закона, въ коемъ объективируется норма.

(1) Binding, Normen, II, стр. 65, замѣчаетъ, что вредъ, причиненный этимъ положеніемъ римскаго права или, вѣрнѣе, тѣмъ распространеніемъ, которое придали ему позднѣйшіе юристы, превосходитъ всѣ другіе случаи вреднаго вліянія римскаго права, такъ какъ тяжело вспомнить, сколько безвинныхъ человѣческихъ жертвъ принесено этому божку. Такой же отзывъ о крайне несправедливой постановкѣ вопроса о юридическомъ заблужденіи въ новыхъ кодексахъ даетъ Geyer, Erörterungen, стр. 27; Grundriss, стр. 111. На теоріи Биндинга построена монографія Oetker'а; къ этой же группѣ примыкаютъ: Schwarze, Schütze, Ortmann, Olshausen, Osenbrüggen, Jancka; въ защиту этого взгляда—подробныя указанія въ моемъ курсѣ, № 202 и сл.

498. Посмотримъ, на какихъ устояхъ покоится господствующее мнѣніе?

Теоретическія основанія этого ученія затрогиваютъ одинъ изъ принципіальныхъ вопросовъ уголовнаго права: гдѣ лежитъ основаніе обязанности каждаго не дѣлать запрещеннаго? Въ самомъ ли актѣ возникновенія запретительной нормы или воплощающаго ее закона, или въ моментѣ сознанія лица дѣйствующаго о бытіи такого запрета или приказа? Сторонники господствующаго воззрѣнія, особенно представители абсолютныхъ теорій ([1]), говорятъ, что такъ какъ существо преступнаго дѣянія состоитъ въ отпаденіи единичной воли отъ общей, отъ того идеала, который долженъ быть присущъ каждому лицу, то потому съ момента появленія нормы она опредѣляетъ дѣятельность каждаго. Но таково ли дѣйствительно значеніе нормъ права? Можемъ ли мы сказать, что въ нихъ воплощается законъ, начертанный въ совѣсти каждаго? Уже въ общемъ опредѣленіи понятія преступнаго дѣянія я старался указать различіе принциповъ морали и требованій права; тѣ же соображенія примѣнимы и здѣсь. Нормы права суть заявленія авторитетной воли, ея предписанія, налагаемыя на насъ извнѣ; эти требованія не только не зависятъ отъ личныхъ воззрѣній отдѣльныхъ гражданъ, но иногда и противорѣчатъ имъ. Нормы права—это жизненныя правила, долженствующія служить для каждаго изъ насъ однимъ изъ основаній дѣятельности; но, справедливо замѣчаетъ Биндингъ (Normen, II, стр. 63), если право требуетъ подчиненія, то это непремѣнно предполагаетъ со стороны подчиняющагося представленіе о томъ, что существуетъ авторитетная воля опредѣленнаго содержанія, которой онъ подчиняется. Если человѣкъ долженъ подчиняться, то онъ долженъ знать, что существуетъ тотъ, кто требуетъ подчиненія, и то, чего онъ требуетъ. Сознательное противоположеніе дѣятельности требованіямъ права не мыслимо безъ знанія этихъ требованій. Слѣдовательно, идя послѣдовательно, мы должны сказать, что, сообразно съ общимъ понятіемъ о нормахъ права, отсутствіе сознанія запрещенности учиненнаго устраняетъ умыш-

---

([2]) Ср. Luden, Abhandlungen, II, стр. 521; Кестлинъ, System, § 113.

ленность преступнаго посягательства и, притомъ, не только при тѣхъ дѣяніяхъ, въ составъ коихъ введено сознаніе запрещенности, но вообще при всѣхъ преступныхъ посягательствахъ.

499. Практическими основаніями положенія ignorantia juris semper nocet ставятъ невозможность охраны общественнаго порядка и спокойствія при допущеніи оправданія ссылкою на незнаніе запрещенности учиненнаго: всѣ требованія власти и ея органовъ сдѣлаются эфемерными при признаніи такого верховенства личнаго усмотрѣнія надъ требованіями закона (1).

Но эти практическія опасенія представляются значительно преувеличенными.

Прежде всего необходимо различать запрещенность дѣянія отъ его наказуемости (2): каждый долженъ подчиняться требованіямъ права только потому, что такое требованіе существуетъ, а не потому, что за неисполненіе этого требованія положена каторга или тюрьма; поэтому ссылка на незнаніе запрещенности не должна быть смѣшиваема съ ссылкою на незнаніе мѣры наказанія (3), а очевидно,

---

(1) На этой почвѣ стоитъ, въ особенности, Bar, въ Gerichtssaal, 1886 г.: «если бы ссылка на ошибку въ правѣ, говоритъ онъ (стр. 252), могла быть оправдательнымъ аргументомъ, то это было бы равносильно учрежденію государствомъ преміи за незнаніе закона, за полное безучастіе и безразличіе къ интересамъ общественнаго порядка: кто знаетъ законъ, тотъ долженъ страшиться наказанія, а кто его не знаетъ, тотъ можетъ быть спокоенъ».

(2) Какъ замѣчаетъ Ötker, стр. 21, такая ссылка можетъ имѣть троякую форму: 1) дѣйствующій не считалъ учиненное имъ противозаконнымъ; 2) онъ считалъ его противозаконнымъ, но не наказуемымъ; 3) онъ ошибался относительно рода и мѣры наказанія. Что же касается четвертаго приводимаго имъ случая, ошибки относительно наличности усиливающихъ или уменьшающихъ вину обстоятельствъ, то этотъ случай образуетъ особую группу, по отношенію къ которому возможны опять таки всѣ три приведенные выше вида ошибки.

(3) Иначе, конечно, относилась къ этому вопросу теорія психическаго принужденія Фейербаха, такъ какъ, на основаніи ея, незнаніе угрозы закона исключало возможность руководствоваться этою угрозою и, слѣдовательно, исключало не только умышленность, но и вмѣняемость. Впрочемъ, самъ Фейербахъ допускалъ много отступленій отъ своего основнаго положенія, то вводя презумпцію знанія угрозы закона, то расширяя отвѣтственность за culpa, такъ что практически онъ примыкалъ къ господствующему воззрѣнію. Нельзя не замѣтить также, что многіе изъ нѣмецкихъ писателей начала нынѣшняго столѣтія, защищая положеніе, что ignorantia juris semper nocet, ставили въ то же время сознаніе противозаконности условіемъ умысла. См. указанія въ моемъ курсѣ, II, № 203.

что практически эти два вида ссылки на ошибочность предположеній весьма различны: трудно представить себѣ добросовѣстную ссылку на то, что обвиняемый не зналъ, что воровать закономъ запрещено; но весьма легко представить себѣ вполнѣ добросовѣстную ссылку на то, что виновный не зналъ, что за простую кражу по ст. 169 устава о наказ. положена тюрьма отъ 3—6 мѣсяцевъ.

Далѣе, уничтожать умыселъ можетъ только дѣйствительное невѣдѣніе или заблужденіе о запрещенности дѣянія; одно сомнѣніе въ томъ, запрещено ли дѣяніе закономъ, какъ и при ошибкѣ фактической, не устраняетъ еще вмѣненія учиненнаго въ умыселъ. Даже болѣе, ссылка на то, что данный проступокъ былъ терпимъ мѣстною администраціею, былъ совершенъ какъ бы съ ея дозволенія, или что обвиняемый совѣтовался по поводу совершеннаго имъ со спеціалистами-юристами, сама по себѣ недостаточна для устраненія умышленности, такъ какъ, повторяю, сомнѣніе не равносильно незнанію.

Разумѣется, юридическое значеніе можетъ имѣть только ссылка на невѣдѣніе требованій права, а не ссылка на неразумность этихъ требованій: лицо, заявляющее, что оно не признаетъ существующаго праваго порядка, не признаетъ закона и его требованій, конечно, не можетъ быть освобождаемо отъ отвѣтственности на основаніи подобной ссылки.

Невѣдѣніе и заблужденіе исключаютъ отвѣтственность за умышленное посягательство на норму, оставшуюся неизвѣстною виновному, но не устраняютъ еще отвѣтственности за самый фактъ невѣдѣнія, за выразившуюся въ немъ легкомысленность или небрежность. Поэтому, если законъ наказываетъ посягательство на норму, учиненное по небрежности, то отвѣтственность можетъ существовать и тогда, когда небрежность проявилась именно въ неознакомленіи съ требованіями права и закона (¹). Поэтому, въ тѣхъ дѣя-

(¹) Вопросъ этотъ, практически весьма важный, считается спорнымъ въ нѣмецкой доктринѣ. Противъ различенія «невиновнаго и виновнаго» незнанія права (unverschuldeter und verschuldeter Rechtsunkentniss), а равно и противъ возможности примѣненія наказанія за неосторожность въ послѣднемъ случаѣ, высказались и нѣкоторые противники положенія juris ignorantia semper nocet, какъ Binding, Normen, II, § 34, Oetker, § 16, Hälschner, § 115, защищающіе то положеніе, что невѣдѣніе нормы или юридической обязанности одинаково исключаетъ вмѣне-

*

ніяхъ, въ коихъ умышленность и неосторожность наказываются одинаково, какъ, напр., при многихъ полицейскихъ нарушеніяхъ, при посягательствахъ на уставы казеннаго управленія, ссылка на невѣдѣніе запрещенности не окажетъ весьма часто никакого вліянія на отвѣтственность, въ особенности, если нарушеніе сдѣлано такимъ лицомъ, которое, по своему званію или дѣятельности, было спеціально обязано познакомиться не только съ требованіями закона, но и съ постановленіями и распоряженіями компетентныхъ властей. Поэтому питейный сидѣлецъ будетъ наказанъ за продажу водки ниже установленной крѣпости, какъ въ томъ случаѣ, когда онъ разбавилъ водку, вполнѣ сознавая противозаконность его дѣйствія, такъ и въ томъ, когда онъ думалъ, что при розничной продажѣ подбавка воды къ водкѣ не воспрещается.

500. Такимъ образомъ, вполнѣ добросовѣстная ссылка обвиняемаго на незнаніе имъ запрещенности содѣяннаго, на незнаніе бытія нормы или ея содержанія, можетъ повлечь безнаказанность, во 1-хъ, по отношенію къ такимъ дѣяніямъ, при которыхъ наказывается только умышленное посягательство на правоохраненный интересъ, и во 2-хъ, при всѣхъ тѣхъ посягательствахъ, когда обвиняемый не только не зналъ о запрещенности дѣянія, но и не могъ узнать о существованіи запрета. На этомъ основаніи признаются не обладающими способностью ко вмѣненію лица, выросшія внѣ соціальныхъ условій; на этомъ основаніи наше уложеніе признаетъ невмѣняемость поступковъ дѣтей и глухонѣмыхъ, какъ не имѣющихъ понятія объ ихъ обязанностяхъ; на этомъ же

ніе и въ умыселъ, и въ неосторожность. Но, по моему мнѣнію, такое рѣшеніе вопроса остается, прежде всего, теоретически не обоснованнымъ, въ особенности по отношенію къ тѣмъ дѣяніямъ, сущность коихъ заключается именно въ неподчиненіи запрету или требованію закона: я нарушилъ велѣніе права, я ссылаюсь въ мое оправданіе, что не зналъ этого велѣнія, меня нельзя обвинять въ сознательномъ и волимомъ нарушеніи этого велѣнія; но меня могутъ обвинять въ томъ, что я, легкомысленно и по небрежности, не узналъ, а потому и не исполнилъ это велѣніе. Съ практической же стороны, оспариваемое мнѣніе или заставитъ весьма расширить область случаевъ, для наказуемости коихъ не будетъ требоваться наличности субъективной виновности, или же, въ интересахъ общественнаго порядка, заставитъ отказаться отъ проведенія принципа возможности оправдательной ссылки на незнаніе запрещенности дѣянія.

основаніи можетъ быть допущена оправдательная ссылка для иностранца, если нарушеніе имѣетъ чисто мѣстный характеръ и учинено имъ вслѣдъ за прибытіемъ въ страну.

501. Конечно, наличность невѣдѣнія или заблужденія относительно запрещенности дѣянія тогда только уничтожаетъ отвѣтственность, когда незнаніе будетъ точно доказано; но самое доказательство должно быть дѣлаемо по общимъ правиламъ процесса, и допущеніе въ этомъ отношеніи предположенія знанія запретовъ, а въ особенности предположенія, не допускающаго опроверженій (juris et de jure), не оправдывается дѣйствительностью [1]. Правда, что представленія о томъ, что кража, убійство, изнасилованіе запрещены, впитываются нами съ юношескихъ лѣтъ, въ семьѣ, въ школѣ; со многими нормами права мы знакомимся при первыхъ нашихъ жизненныхъ столкновеніяхъ, такъ что невѣдѣніе этихъ коренныхъ условій общественной жизни возможно только при особыхъ условіяхъ; но исчерпывается ли этими тяжкими преступными дѣяніями вся область уголовныхъ проступковъ и нарушеній? Если мы вспомнимъ всю сѣть полицейскихъ законовъ, охватывающихъ нашу жизнь, если мы вспомнимъ наше многостатейное уложеніе, то съ увѣренностью можемъ сказать, что ни одинъ даже опытный юристъ не въ состояніи похвалиться полнымъ знаніемъ запретовъ закона [2].

Весьма вѣрныя замѣчанія дѣлаетъ по этому поводу извѣстный

---

(1) На этой точкѣ зрѣнія стоитъ Жиряевъ, курсъ, гл. VIII, а также А. Кистяковскій, § 241, находящій, что главное и единственное основаніе положенія, что невѣдѣніемъ закона никто отговариваться не можетъ, заключается въ томъ, что, вообще говоря, незнаніе закона не мыслимо, потому что преступленія въ тѣсномъ смыслѣ суть дѣянія, считаемыя преступными помнѣнію не только всего народа, но и цѣлой семьи народовъ, стоящихъ на той же ступени цивилизаціи; а знаніе полицейскихъ законовъ объясняется тѣмъ, что такіе запреты или существуютъ издавна, или же обнародованы во всеобщее свѣдѣніе. Далѣе, впрочемъ (§ 242), онъ допускаетъ случаи, въ коихъ незнаніе закона онъ считаетъ возможнымъ, не замѣчая, что этимъ подрывается его «единственное» основаніе.

(2) Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes, стр. 44, ставитъ рѣшеніе вопроса въ зависимость отъ тройственнаго дѣленія преступныхъ дѣяній, допуская ссылку на невѣдѣніе закона только при полицейскихъ нарушеніяхъ; но онъ забываетъ чисто формальный характеръ этого дѣленія.

бельгійскій криминалистъ Haus ([1]): государственная власть, говоритъ онъ, обнародовывая законъ въ установленномъ порядкѣ, имѣетъ полное основаніе предполагать, что частныя лица озаботятся изученіемъ постановленій дѣйствующаго законодательства; такое предположеніе основывается, съ одной стороны, на обязанности всѣхъ лицъ, пребывающихъ на территоріи государства, знать законъ, надлежащимъ образомъ опубликованный, а съ другой стороны,—на возможности пріобрѣсти этого рода познанія въ опредѣленный срокъ; но эта презумпція не исключаетъ возможности ея опроверженія.

502. Кромѣ элемента сознанія, умыселъ заключаетъ въ себѣ и другой моментъ—хотѣніе, направленіе нашей воли къ практической дѣятельности; моментъ, также представляющійся сложнымъ, какъ относительно своего содержанія, такъ и относительно своего сформированія ([1]).

Извѣстныя соприкосновенія наши съ предметами окружающаго насъ міра, проявленія нашихъ инстинктовъ, извѣстныя состоянія нашего организма, особенно соединенныя съ воспоминаніями объ испытанныхъ уже нами ощущеніяхъ удовольствія или непріятности, даже просто творчество нашего ума, нашей фантазіи, порождаютъ въ насъ представленія о возможныхъ нашихъ дѣйствіяхъ, о возможныхъ измѣненіяхъ въ окружающемъ насъ мірѣ, или въ нашихъ отношеніяхъ къ нему, измѣненіяхъ, могущихъ доставить намъ ощущеніе пріятнаго въ обширномъ смыслѣ, удовлетвореніе; подобныя представленія мы называемъ желаніями.

Весьма часто эти желанія, благодаря или ихъ содержанію, или условіямъ возникновенія, безслѣдно проносятся предъ нашимъ сознаніемъ, не оставляя никакихъ дальнѣйшихъ слѣдовъ въ нашей психической жизни; но иногда эти желанія получаютъ, такъ сказать, активный характеръ, дѣлаясь или отправною точкою построенія разныхъ плановъ, или даже стимуломъ дальнѣйшей дѣятельности лица.

Въ послѣднемъ случаѣ удовлетвореніе возникшаго желанія получаетъ двоякое значеніе.

([1]) Подробное изложеніе этихъ вопросовъ относится къ психологіи; я касаюсь здѣсь ихъ на столько, на сколько это необходимо для уразумѣнія понятія объ уголовной виновности.

Какъ возбуждающій моментъ нашей дѣятельности, желаніе является стимуломъ, мотивомъ, а какъ предѣлъ, достиженіемъ коего должна завершиться наша дѣятельность, оно составляетъ цѣль дѣйствія. Такимъ образомъ, мотивъ и цѣль суть два коррелятивныя понятія, суть моменты психической дѣятельности, разсматриваемой съ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія: ощущеніе голода рождаетъ въ насъ желаніе его удовлетворенія; если, для его удовлетворенія, мы предпринимаемъ что либо, то это желаніе удовлетворенія, какъ отправный пунктъ дѣятельности, будетъ мотивомъ, а какъ предѣлъ, ее заканчивающій,—цѣлью.

Но эта соотносительность мотива и цѣли не предполагаетъ ихъ безусловной тождественности, а допускаетъ различіе въ объемѣ, въ степени спеціализированія. Очень нерѣдко цѣль представляется спеціализированнымъ мотивомъ, особенно когда двигателями являются побужденія, могущія проявляться въ разнообразныхъ конкретныхъ формахъ, каковы, напр., любовь, ненависть и т. п.: цѣль можетъ представляться осуществленіемъ нашего желанія во всей его полнотѣ, или же въ опредѣленной части; она можетъ проявляться въ видѣ конкретнаго зла для другихъ или въ видѣ достиженія блага для насъ: мотивъ мщенія воплощается въ конкретную форму причиненія физическаго страданія, боли, лишенія жизни; мотивъ улучшенія матеріальнаго положенія воплощается въ цѣли овладѣнія опредѣленными матеріальными предметами, цѣнностями. Далѣе, какъ мотивъ, такъ и цѣль, могутъ быть простыми, когда, напр., удовлетвореніе желанія имѣть карманные часы можетъ быть исключительно и мотивомъ, и цѣлью дѣятельности, или же сложными. Сложная цѣль, кромѣ того, какъ предѣлъ дѣятельности, можетъ быть расчленяема во времени; тогда мы говоримъ о цѣляхъ близкихъ и отдаленныхъ, конкретныхъ и отвлеченныхъ: ближайшая цѣль преступной дѣятельности—изготовленіе фальшиваго заграничнаго паспорта, болѣе отдаленная—доставленіе какому либо лицу средства отъѣзда за границу, еще болѣе отдаленная—содѣйствіе скрытію этого лица отъ рукъ правосудія.

503. Постановкою цѣли не исчерпывается тотъ психическій процессъ, путемъ коего наше желаніе можетъ получить удовлетвореніе; мы предполагаемъ далѣе, что лицо намѣтитъ дорогу,

выберетъ путь, которымъ оно пойдетъ къ поставленной имъ цѣли. Этотъ выборъ пути, эту намѣтку дороги мы будемъ называть созданіемъ намѣренія, а самый путь—намѣреніемъ: поставивъ цѣлью своей дѣятельности удовлетвореніе голода, человѣкъ полагаетъ достигнуть этой цѣли или покупкою чего либо съѣстнаго, или испрошеніемъ милостыни, или самовольнымъ взятіемъ вещи.

Но такъ какъ задуманное достиженіе цѣли намѣченнымъ путемъ должно быть реально осуществлено, то, по необходимости, одна только общая намѣтка пути, установленіе общаго характера дѣятельности, представляются недостаточными: человѣкъ, предполагающій дѣйствовать, по необходимости, входитъ въ разсмотрѣніе индивидуальной обстановки пути, опредѣляетъ, хотя и въ общихъ чертахъ, время, мѣсто, средства и способы дѣйствія, опредѣляетъ гдѣ и что онъ купитъ, когда и у кого учинитъ кражу и т. д., составляетъ планъ дѣйствія.

Такимъ образомъ, хотѣніе, какъ элементъ умышленной вины, предполагаетъ возбужденіе къ дѣятельности или мотивъ, постановку цѣли, выборъ намѣренія и обрисовку плана.

504. Всѣ указанные выше моменты хотѣнія относятся къ развитію его содержанія; но хотѣніе можетъ быть также расчленяемо и со стороны формы, со стороны процессовъ сформированія хотѣнія и его элементовъ. Постановка цѣли, выборъ пути, созданіе плана, не всегда совершаются мгновенно, они нерѣдко требуютъ болѣе или менѣе продолжительнаго обдумыванія, выбора, опредѣленія, предполагаютъ психическую работу, которая часто измѣняетъ энергію преступной воли, степень ея опасности, а вмѣстѣ съ тѣмъ вліяетъ и на наказуемость. Но и послѣ того, какъ эта психическая работа окончена, сформированы отдѣльные моменты хотѣнія, для того, чтобы замышленное не осталось однимъ фантастическимъ планомъ, однимъ изъ тѣхъ мечтаній, которыя зарождаются, растутъ и исчезаютъ безслѣдно въ душѣ каждаго, а чтобы оно дѣйствительно было преддверіемъ дѣятельности, ея опредѣленіемъ, необходимъ новый психическій актъ, энергическій порывъ, въ силу коего творческія построенія нашего мышленія получаютъ практическое значеніе; этотъ порывъ мы будемъ назы-

вать актомъ рѣшимости, составляющимъ то соединительное звено между мыслью и дѣломъ, послѣ котораго начинается уже осуществленіе воли въ дѣятельности [1].

505. Несомнѣнно, что составные моменты хотѣнія не всегда представляютъ непрерывную, послѣдовательно развивающуюся цѣпь психическихъ процессовъ; нерѣдко они сливаются другъ съ другомъ во времени: одновременно съ цѣлью выбирается и путь, а планъ вырабатывается спустя долгое время; въ однихъ преступныхъ дѣяніяхъ эти моменты выступаютъ въ ихъ раздѣльности съ полною рельефностью, въ другихъ они сливаются между собою.

Съ другой стороны, принятая выше терминологія отдѣльныхъ моментовъ хотѣнія не представляетъ чего либо установившагося ни въ доктринѣ [2], ни въ законодательствахъ [3];

---

(1) Berner, Imputationslehre, стр. 179 и сл.; Theilnahme, стр. 101; въ Lehrbuch, § 67, Бернеръ различаетъ: Berathung, обсужденіе, Beschluss, выводъ изъ психической дѣятельности, опредѣленіе, и Entschluss, рѣшимость; причемъ, прибавляетъ онъ, всѣ эти процессы, въ ихъ совокупности, могутъ являться или какъ предумышленіе, или какъ аффектированный умыселъ

(2) Такъ, въ одной нѣмецкой литературѣ мы встрѣчаемся съ цѣлою массою попытокъ опредѣленія элементовъ умысла. Дѣленіе, изложенное въ текстѣ, всего ближе къ терминологіи, защищаемой Гейеромъ въ Erörterungen, стр. 1, а въ особенности—Озенбрюггеномъ, въ его Abhandlungen, стр. 13; Бернеръ даетъ такое опредѣленіе: удовлетвореніе потребности—das Motiv und der Zweck; направленіе воли на выполненіе задуманнаго или на произведеніе результата—Absicht; пріобрѣтеніе энергіи для перехода во внѣшній міръ—Vorsatz. Иначе Schaper, въ руководствѣ Гольцендорфа, § 35: Vorsatz—направленіе воли на дѣятельность; Absicht—на правонарушеніе; Zweck—на измѣненіе во внѣшнемъ мірѣ. По опредѣленію Листа, Vorsatz, простое сознаніе причинной связи дѣйствія и правонарушенія, соотвѣтствуетъ всего ближе непрямому умыслу, а Absicht, сознаніе причинной связи, какъ цѣли дѣйствія, соотвѣтствуетъ прямому умыслу. Geib, II, стр. 247, говоритъ, что, хотя различеніе Vorsatz и Absicht возможно, но въ практическомъ отношеніи безполезно, а по отношенію къ словопроизводству—безосновательно. Подробныя возраженія противъ этого мнѣнія у Ortloff, Die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Absicht въ Gerichtssaal, 1864 г., стр. 70—79, 107—151. Изъ нашихъ криминалистовъ В. Спасовичъ, учебникъ § 56, хотя и указываетъ на составные элементы умысла, но не устанавливаетъ никакой терминологіи; различіе элементовъ умысла, сходное съ изложеннымъ въ текстѣ, усвоено А. Кистяковскимъ въ его учебникѣ, § 188.

(3) Такъ, напр., крайне неустановившеюся является терминологія даже въ новомъ германскомъ уложеніи, которое безразлично употребляетъ слова:

въ особенности не найдемъ мы никакой устойчивости въ этомъ отношеніи въ нашемъ дѣйствующемъ уложеніи, которое безразлично употребляетъ выраженія: «умыселъ», «намѣреніе», «цѣль». Проектъ уголовнаго уложенія принимаетъ ту же терминологію, какая установлена выше; при этомъ объяснительная записка замѣчаетъ, что «это различіе отдѣльныхъ моментовъ умышленной вины представляется весьма важнымъ и въ практическомъ отношеніи, такъ какъ этимъ дается возможность, введя въ кодексъ строгую терминологію для каждаго изъ этихъ моментовъ, дать болѣе точную обрисовку составу отдѣльныхъ правонарушеній».

Дѣйствительно, значеніе этихъ моментовъ хотѣнія выражается какъ въ опредѣленіи понятія объ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, такъ и при установленіи ихъ наказуемости.

506. Остановимся, прежде всего, на соотношеніи этихъ моментовъ съ понятіями о преступности дѣянія и ея видахъ.

Какую роль играютъ въ этомъ отношеніи мотивъ или цѣль дѣятельности? Обозрѣніе отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній убѣждаетъ насъ, что, за немногими исключеніями, понятіе о преступности учиненнаго, о юридической характеристикѣ преступнаго дѣянія, не зависитъ отъ этого момента хотѣнія. Съ одной стороны, безнравственность или антирелигіозность цѣли еще не опредѣляетъ преступности лица, какъ скоро то, что учинено для достиженія этой цѣли, не противозаконно; съ другой, возвышенный характеръ мотива, отсутствіе въ немъ эгоистическихъ элементовъ, не устраняетъ преступности: кража, совершенная для раздачи покраденнаго бѣднымъ, убійство лица, считаемаго вреднымъ для общественнаго блага, не утрачиваютъ своего преступнаго характера. Поэтому, установленіе мотива и цѣли дѣйствія не даетъ еще намъ данныхъ для опредѣленія юридическаго значенія совершеннаго: дѣйствія, выходящія изъ одного и того же побужденія, стремящіяся къ одной и той же цѣли, могутъ быть или преступными, или безнравственными, или же не только безразличными, но и похвальными.

«Vorsatz», «Absicht», даже «Zweck», а равно и другія выраженія—«böswillig» «boshaft» «arglistig» и т. д. Ср. примѣры у Berner, § 66, стр. 1.

Мало того, мотивъ и цѣль не только не могутъ отдѣлять преступное отъ непреступнаго, неправду уголовную отъ гражданской, но даже не могутъ служить для классификаціи преступныхъ дѣяній, такъ какъ, напр., корыстная цѣль одинаково можетъ быть достигнута кражею, разбоемъ, лишеніемъ свободы или убійствомъ, а мотивъ отмщенія можетъ быть осуществленъ обидою, изнасилованіемъ, увѣчьемъ. Оттого смѣшеніе цѣли и намѣренія, при характеристикѣ внутренней стороны отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, можетъ привести къ совершенно невѣрнымъ выводамъ.

Но изъ этого общаго правила существуютъ, конечно, и исключенія. Во 1-хъ, существуютъ, хотя и немногія, преступныя дѣянія, при которыхъ путь, выбранный виновнымъ, самъ по себѣ имѣетъ преступное значеніе, только благодаря той цѣли, для осуществленія которой онъ былъ избранъ: такъ, кощунство или богохуленіе въ частномъ домѣ, при свидѣтеляхъ, по дѣйствующему праву почитается преступнымъ и наказуемымъ, если оно учинено съ цѣлью поколебать вѣру присутствующихъ; во 2-хъ, иногда цѣль служитъ основаніемъ классификаціи преступныхъ дѣяній: такъ, подлогъ метрическаго свидѣтельства или истребленіе его могутъ относиться, смотря по цѣли виновнаго, или къ посягательствамъ на имущество, или къ посягательствамъ на права состоянія.

Все сказанное о мотивѣ и цѣли дѣйствія примѣняется и къ плану преступнаго дѣянія. Взятіе часовъ, выстрѣлъ изъ ружья, сами по себѣ, не содержатъ никакого указанія на преступность или непреступность учиненнаго этимъ путемъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ могутъ одинаково служить для осуществленія различныхъ преступныхъ намѣреній, такъ что планъ дѣйствія, по общему правилу, оказывается непригоднымъ и для классификаціи преступныхъ дѣяній. Самостоятельное значеніе плана обнаруживается только при нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяніяхъ: такъ, по дѣйствующему праву, при захватахъ чужаго имущества, способъ дѣйствія, выбранный виновнымъ, служитъ для различенія кражи, грабежа, мошенничества; такъ, истребленіе собственнаго незастрахованнаго имущества становится преступнымъ благодаря средствамъ, выбраннымъ виновнымъ, напр., при его поджогѣ, потопленіи и т. д.

Въ результатѣ оказывается, какъ говоритъ объяснительная

записка къ проекту уголовнаго уложенія, что «сущность каждаго преступнаго дѣянія опредѣляется намѣреніемъ, т. е. тѣмъ путемъ, который выбралъ для себя виновный; цѣль же и планъ играютъ дополнительную роль и выдвигаются лишь въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ. На этомъ основаніи, вездѣ, гдѣ въ проектѣ говорится объ умыслѣ вообще, какъ объ условіи преступности, для полноты состава предполагается, что виновный сознательно направилъ себя по данному пути, какими бы мотивами онъ ни руководствовался, къ какимъ бы средствамъ ни прибѣгалъ, при какой бы обстановкѣ ни дѣйствовалъ. Таково, напр., понятіе умышленнаго убійства, для состава коего безразлично, дѣйствовалъ ли убійца изъ мести, ревности или корысти, прибѣгъ ли къ кинжалу, револьверу или яду. Тамъ же, гдѣ въ составѣ преступнаго дѣянія вводится, по тексту закона, указаніе на опредѣленную цѣль или опредѣленный планъ, т. е. указывается на выборъ извѣстнаго способа или средствъ дѣйствія, законъ всегда предполагаетъ, что виновный не только сознавалъ то, что онъ дѣлаетъ, и то, что можетъ произойти изъ его дѣйствій, и сознательно направилъ себя по этому пути, но, кромѣ того, что онъ исходилъ именно изъ указанныхъ закономъ побужденій и сознательно пользовался тѣмъ способомъ, коимъ выполнено преступное дѣяніе».

507. Нѣсколько иначе ставится вопросъ о вліяніи составныхъ элементовъ умысла на отвѣтственность.

Конечно, и въ этомъ отношеніи существенное значеніе имѣетъ намѣреніе лица, такъ какъ на немъ основывается классификація преступныхъ дѣяній, служащая, въ свою очередь, базисомъ отвѣтственности: посягательство на жизнь, въ среднемъ размѣрѣ, наказывается сильнѣе посягательства на собственность; но значеніе выбраннаго пути далеко не играетъ преобладающей роли, что доказывается уже и тѣмъ, что, напр., наказуемость умышленнаго убійства колеблется по нашему праву между ссылкою на поселеніе и каторгою безъ срока, а при другихъ преступныхъ дѣяніяхъ, напр., при истребленіи имущества, при кражѣ, этотъ предѣлъ между максимумомъ и минимумомъ представляется еще болѣе широкимъ.

Факторами, влiяющими на эту видоизмѣняемость наказуемости со стороны субъективной, являются несомнѣнно прочiе составные элементы хотѣнiя.

Такъ, нерѣдко такое значенiе имѣетъ способъ дѣйствiя, какъ скоро въ немъ проявляется жестокость, хитрость, свидѣтельствующiя объ испорченности и развращенности натуры виновнаго, или же выбранныя виновнымъ средства, когда, благодаря имъ, дѣянiе получаетъ особенно опасный для общества характеръ и т. д.

Еще болѣе значенiя имѣютъ въ этомъ отношенiи мотивы и цѣль дѣйствiя, въ особенности то соображенiе, руководился ли виновный исключительно эгоистическими побужденiями, личнымъ разсчетомъ, или же онъ выходилъ изъ невѣрно понятаго чувства долга, любви къ родинѣ; опредѣленiе преступной дѣятельности невѣжествомъ и суевѣрiемъ, или гнетомъ общественнаго предразсудка, не можетъ не отразиться на отвѣтственности лица. Это значенiе мотива дѣйствiя признаютъ и кодексы, хотя, сравнительно, въ небольшомъ объемѣ: такъ, по дѣйствующему нашему уложенiю [1], на основанiи мотивовъ изъ убiйства выдѣляется дѣтоубiйство, убiйство урода, изъ кражи—кража по крайности; на основанiи мотива дѣйствiя занимаетъ особенное мѣсто въ кодексѣ дуэль. и т. д. Въ новыхъ западно-европейскихъ кодексахъ значенiе мотива выдвинулось еще болѣе: такъ, напр., по германскому уложенiю, при цѣломъ рядѣ преступныхъ дѣянiй, примѣненiе правопораженiй ставится въ прямое соотношенiе съ характеромъ мотива дѣйствiя. Въ судебной практикѣ всѣхъ странъ значенiе мотива представляется еще бо́льшимъ, распространяясь на всѣ преступныя дѣянiя и, притомъ, какъ въ дѣлахъ, рѣшаемыхъ съ участiемъ присяжныхъ, такъ и на судѣ коронномъ: иногда можно встрѣтить даже случаи оправданiя лицъ, фактическая виновность коихъ представляется несомнѣнно доказанною, только благодаря мотивамъ, опредѣлившимъ ихъ преступную дѣятельность, какъ, напр., при убiйствѣ изъ ревности, въ отмщенiе за поруганную честь и т. п.

---

(1) Ср. мое изслѣдованiе о преступленiяхъ противъ жизни, I, № 147; С. Баршевъ, о влiянiи народныхъ предразсудковъ на опредѣленiе наказанiя, въ юрид. зап. Рѣдкина, т. II, стр. 78—82.

508. Различеніе элементовъ хотѣнія имѣетъ существенно значеніе и при установленіи оттѣнковъ умышленной вины.

Классификація видовъ и подраздѣленій умышленной виновности была нѣкогда излюбленнымъ вопросомъ доктрины, особенно нѣмецкой, загромоздившей все ученіе о субъективной виновности страшною схоластикою, массою формальныхъ опредѣленій, подраздѣленій, практически ненужныхъ и теоретически спорныхъ. Къ сожалѣнію, та же запутанность перешла и въ кодексы, напр., въ партикулярныя нѣмецкія законодательства начала нынѣшняго столѣтія, и только мало по малу, но за то, слѣдуетъ полагать, безповоротно, и наука и кодексы освободились отъ этого наслѣдья (1).

Поэтому я остановлюсь только на тѣхъ дѣленіяхъ, которыя или имѣютъ дѣйствительное теоретическое и практическое значеніе или сохранились въ нашемъ уложеніи.

Наиболѣе старымъ и наиболѣе важнымъ практически дѣленіемъ умышленной виновности является различіе между умысломъ прямымъ (dolus directus) и непрямымъ (dolus indirectus, а позднѣе eventualis), хотя самое понятіе объ этихъ типахъ въ исторіи доктрины существенно измѣнилось (2). Такъ, въ первичномъ, дофейербаховскомъ періодѣ, подъ непрямымъ умысломъ понимали умыселъ предполагаемый, свидѣтельствуемый обстоятельствами дѣла, напр., употребленнымъ оружіемъ, силою удара и т. д. благодаря коимъ можно было заключать, что виновный сознавалъ

---

(1) Ср. изложеніе ученія о различныхъ періодахъ развитія умысла въ монографіи Gessler'а, стр. 18; а также подробное изложеніе нѣмецкой доктрины объ умыслѣ и неосторожности у Bekker'а, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, 1857 г., стр. 379 и сл.; Weber, über die verschiedenen Arten des dolus въ Архивѣ 1825 г., стр. 549—580; подробный обзоръ видовъ умысла у H. Meyer § 26; H. Zachariae въ статьѣ объ умыслѣ, въ архивѣ Гольтдаммера, II, стр. 302 давно уже предлагалъ выбросить за бортъ всѣ эти дѣленія. Изъ французскихъ криминалистовъ указанія у Haus, principes, I, № 299.

(2) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 218, пр. 129; въ особенности A. Feuerbach, Betrachtungen über dolus und culpa und über den dolus indirectus insbesondere, въ Bibliotek für peinl. Rechtswissenschaft, II, стр. 193 Temme, über den unbestimmten Dolus въ архивѣ 1854 г., стр. 206—231; Krug über dolus und culpa und insbesondere über den Begriff der unbestimmten Absicht, 1854 г. Подробно изложена исторія этого ученія у Berner'а въ Imputationslehre, стр. 254 и сл.

то, что дѣлаетъ, а потому и умышлялъ на сознанное. Это дѣленіе вызвало нападки двоякаго рода: съ одной стороны, по поводу вводимой этимъ путемъ презумпціи виновности, а съ другой—въ виду отождествленія умышленности съ сознательностью.

Подъ ударами Фейербаха, а позднѣе Круга, распалось прежнее ученіе о непрямомъ умыслѣ и на его развалинахъ, мало по малу [1], выросло новое ученіе о непрямомъ умыслѣ, какъ преступномъ безразличіи.

Сознательное направленіе нашей дѣятельности на правоохраненный интересъ, по этой теоріи, можетъ быть двоякое: или посягающій желалъ именно этого посягательства, ради его и предпринялъ какое либо дѣйствіе—умыселъ прямой; или же, предвидя, что предпринятое имъ произведетъ такое нарушеніе, онъ безразлично къ этому относился, допускалъ его наступленіе — умыселъ непрямой.

Такъ какъ всякое сознательно предпринимаемое дѣйствіе предполагаетъ наличность цѣли, къ которой стремится данное лицо, то умыселъ эвентуальный, по самой природѣ своей, является дополняющимъ умыселъ прямой, причемъ дополняемое можетъ быть само по себѣ преступно, или же юридически безразлично, такъ что эвентуальный умыселъ можетъ совпадать или съ преступнымъ, или съ непреступнымъ направленіемъ воли. Нѣкто спускаетъ фейерверкъ, предвидя, что ракеты или даже искры, благодаря сильному вѣтру, могутъ зажечь близь лежащіе чужіе, легко воспламеняющіеся матеріалы, что̀ дѣйствительно и случилось; эвентуальный умыселъ на истребленіе чужаго имущества конкурируетъ въ этомъ примѣрѣ съ непреступнымъ прямымъ умысломъ, направленнымъ

---

(1) Въ первый разъ этотъ признакъ допущенія послѣдствій—Billigung des Erfolges, какъ признакъ эвентуальнаго умысла, былъ указанъ Вехтеромъ въ его учебникѣ 1827 г.; изложеніе различныхъ воззрѣній на эвентуальный умыселъ у Hermann, über Absicht und Vorsatz überhaupt und indirecte Absicht insbesondere. Ср. также мой курсъ, II, № 219. Разсмотрѣнію этого вида умысла посвящена монографія Wick, über Vorsatz und Absicht, 1866 г. Это различіе двухъ видовъ умысла сдѣлалось нынѣ господствующимъ, въ виду особенно его практической важности. Ср. у Lucas, § 4, dolus eventualis и § 12, die praktische Bedeutung der Lehre vom dolus eventualis; здѣсь приведено много указаній примѣненія этого понятія въ германскомъ кодексѣ.

на устройство фейерверка; кто либо поджигаетъ ночью строеніе, въ которомъ лежитъ больной, предвидя при этомъ, что больной можетъ сгорѣть, или насилуетъ завѣдомо беременную, на послѣднемъ мѣсяцѣ беременности, предвидя, что можетъ произойти выкидъ; въ обоихъ этихъ случаяхъ непрямой умыселъ на убійство или на выкидъ конкурируетъ съ прямымъ преступнымъ умысломъ на поджогъ, на изнасилованіе.

При этомъ взаимное отношеніе послѣдствій желаемаго и допускаемаго—можетъ быть таково, что оба послѣдствія могутъ быть осуществлены одновременно, или, наоборотъ, ихъ отношеніе таково, что наступленіе одного послѣдствія исключаетъ возможность наступленія другаго.

509. Въ нашемъ правѣ постановленія объ умыслѣ непрямомъ появились съ изданіемъ уложенія 1845 г., но въ формѣ весьма неудачной. Ст. 108 (по изд. 1885 г.) говоритъ: «если по обстоятельствамъ, сопровождавшимъ его дѣяніе, подсудимый могъ и долженъ былъ предвидѣть, что послѣдствіемъ онаго должно быть не одно, а нѣсколько преступленій разной важности, то, хотя бы онъ и не имѣлъ положительнаго намѣренія совершить именно важнѣйшее изъ сихъ преступленій, однако мѣра его наказанія опредѣляется всегда по важнѣйшему изъ преступленій, долженствовавшихъ быть послѣдствіемъ его дѣянія».

Это положеніе дополняется ст. 109, которая говоритъ: «если подсудимый, при содѣяніи какого либо преступленія, тѣмъ самымъ, хотя и безъ прямаго на сіе умысла, учинилъ еще другое, болѣе важное, то мѣра его наказанія опредѣляется по правиламъ о совокупности преступленій, кромѣ лишь случаевъ, въ коихъ законами налагается за сіе именно другое наказаніе, болѣе строгое».

Сверхъ сего, рядъ постановленій о непрямомъ умыслѣ содержится въ особенной части; таковы въ особенности постановленія ст. 1458 объ убійствѣ, 2 ч. ст. 1460 и 1520 объ оставленіи безъ помощи, ст. 1490 о побояхъ, ст. 1608 и 1618 объ истребленіи рудниковъ, ст. 1634 о разбоѣ. Изъ всей совокупности этихъ статей и изъ сопоставленія ихъ съ статьями о неосторожности [1],

---

[1] Ср. болѣе подробный разборъ этихъ постановленій въ моемъ курсѣ, II, №№ 221 и 260.

не трудно усмотрѣть, что на системѣ уложенія отразились самыя различныя, смѣнявшія другъ друга, воззрѣнія на существо непрямаго умысла, а потому буквальное примѣненіе этихъ его постановленій представляется невозможнымъ.

Для признанія дѣянія учиненнымъ по умыслу непрямому недостаточно, чтобы виновный могъ предвидѣть то, что произойдетъ изъ его дѣйствій, но нужно, чтобы онъ дѣйствительно предвидѣлъ, «хотя и не имѣлъ на то положительнаго намѣренія»; такое ограниченіе текста не только вполнѣ оправдывается конструкціею неосторожности по нашему праву, но и прямымъ разъясненіемъ редакторовъ, которые объясняютъ, что они этимъ пополняютъ сводъ, въ коемъ не достаетъ постановленія, опредѣляющаго, какъ должно наказывать виновнаго въ томъ случаѣ, *когда онъ предвидѣлъ*, что послѣдствіемъ его дѣянія должно быть не одно, а нѣсколько преступленій разной важности; при этомъ нельзя не замѣтить, что, даже и при такомъ ограниченіи, объемъ умысла непрямаго будетъ весьма широкъ, такъ какъ подъ него подойдутъ и тѣ случаи, когда виновный предвидѣлъ наступленіе послѣдствія, но надѣялся его предотвратить, т. е. случаи такъ называемой преступной самонадѣянности.

Далѣе, ст. 108 говоритъ о тѣхъ случаяхъ, когда изъ дѣянія виновнаго можетъ произойти нѣсколько «преступленій»; но если даже принимать это выраженіе въ смыслѣ, охватывающемъ и проступки, то окажется, что законъ вовсе не предвидитъ тѣ случаи, когда человѣкъ, совершая дозволенное, предвидитъ, что отъ этого произойдетъ что либо преступное; очевидно, что, по разуму закона, и эти случаи должны быть вмѣняемы въ вину умышленную, а не въ неосторожную.

510. Различіе умысла прямаго и непрямаго положено въ основу постановленій проекта уголовнаго уложенія. Всякая умышленная вина предполагаетъ сознаніе учиненнаго виновнымъ преступнаго дѣянія; но затѣмъ, эта вина раздѣляется по проекту на два вида: первый, соотвѣтствующій прямому умыслу, когда виновный желалъ учиненія преступнаго дѣянія, и второй, соотвѣтствующій умыслу непрямому, когда виновный допускалъ наступленіе тѣхъ послѣдствій, которыя обусловливали преступность учиненнаго имъ.

По поводу этого дѣленія объяснительная записка содержитъ слѣдующія замѣчанія: «указанное въ проектѣ различіе этихъ видовъ умысла служитъ, главнымъ образомъ, для опредѣленія объема дѣяній, входящихъ въ область умышленной виновности вообще, такъ какъ, съ практической стороны, оба эти вида вполнѣ объединяются общимъ для нихъ понятіемъ умысла, такъ что, по предположеніямъ коммисіи, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ законъ говоритъ о виновности умышленной, не дѣлая никакихъ особыхъ оговорокъ, должны быть подразумѣваемы какъ умыселъ прямой, такъ и непрямой. Точно также они стоятъ, по общему правилу, наравнѣ и по отношенію къ уголовной отвѣтственности, вліяя развѣ только на мѣру наказанія при выборѣ ея судомъ: человѣкъ, безразлично относящійся къ тому, что изъ его дѣйствій произойдетъ чья нибудь смерть, весьма нерѣдко можетъ проявлять такую же нравственную испорченность и такую же опасность, какъ и человѣкъ, прямо желавшій чьей нибудь смерти».

По поводу различія въ объемѣ обоихъ видовъ умысла объяснительная записка указываетъ: «преступныя дѣянія въ томъ техническомъ значеніи, которое придано этому понятію первою статьею проекта, могутъ быть, по ихъ внѣшней характеристикѣ, подраздѣлены на четыре группы: 1) преступныя содѣянія, т. е. акты дѣятельности виновнаго, воспрещенные сами по себѣ, безотносительно къ вызваннымъ ими результатамъ; 2) содѣянія, коихъ преступность обусловливается наличностью извѣстнаго, указаннаго закономъ, послѣдствія; 3) преступное бездѣйствіе или неисполненіе чеголибо требуемаго закономъ, воспрещенное само по себѣ, безотносительно къ вызваннымъ имъ результатамъ; 4) бездѣйствіе, преступность коего обусловливается наступленіемъ извѣстнаго, указаннаго закономъ, послѣдствія». По отношенію къ первому виду умысла, т. е. умыслу прямому, проектъ говоритъ, что преступное дѣяніе почитается умышленнымъ, если виновный желалъ *его* учиненія; при этомъ слово «его» охватываетъ всѣ вышеуказанные оттѣнки, входящіе въ родовое понятіе преступнаго дѣянія; прямой умыселъ, слѣдовательно, возможенъ при всѣхъ видахъ преступныхъ дѣяній—важныхъ и маловажныхъ, активныхъ и пассивныхъ. Напротивъ того, опредѣленіе умысла непрямаго сдѣлано въ проектѣ болѣе узкимъ, такъ какъ текстъ статьи говоритъ: «виновный

сознательно допускалъ наступленіе обусловливающаго преступность сего дѣянія послѣдствія», т. е. объемлетъ только вторую и четвертую группу случаевъ, входящихъ въ родовое понятіе преступнаго дѣянія. «Это различіе, по мнѣнію коммисіи, вытекаетъ изъ самаго существа дѣяній первой и третьей группы, такъ какъ виновный, сознавая, что онъ дѣлаетъ или не дѣлаетъ что либо преступное само по себѣ, тѣмъ самымъ желаетъ содѣяннаго или не содѣяннаго».

511. Въ борьбѣ противъ ученія о непрямомъ умыслѣ въ старомъ его значеніи Фейербахъ предложилъ дѣленіе умысла по степени бо́льшей или меньшей опредѣленности цѣли, сохранившееся въ доктринѣ и по нынѣ. Такъ, самъ Фейербахъ различалъ dolus determinatus и indeterminatus, относя къ неопредѣленному умыслу тѣ случаи, когда наступившее послѣдствіе хотя и входило въ общую цѣль, но въ соединеніи съ другими, не индивидуализированное; такая неопредѣленность могла, по его ученію, зависѣть или отъ поспѣшности дѣйствія, когда осуществленіе началось прежде окончанія мыслительнаго процесса, или отъ особенности выбранныхъ средствъ дѣйствія, когда, напр., дѣйствующій не зналъ, вызовутъ ли они разстройство здоровья или смерть; въ особенности же этотъ видъ умысла, подъ спеціальнымъ именемъ animus nocendi, имѣлъ значеніе при тѣхъ дѣяніяхъ, при которыхъ зло, причиняемое виновнымъ, оставаясь однороднымъ, можетъ проявляться съ значительными видовыми отличіями, напр., при тѣлесныхъ поврежденіяхъ. На этомъ же началѣ позднѣе строились и нѣкоторыя другія опредѣленія видовъ умысла, какъ, напр., понятіе умысла альтернативнаго, когда дѣйствующій предполагалъ возможнымъ наступленіе одного изъ нѣсколькихъ послѣдствій, одинаково желая каждаго изъ нихъ, или умысла спеціальнаго, когда для полноты субъективной виновности при отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, требуется не только опредѣленность намѣренія, но и опредѣленность цѣли. Но первый видъ, по существу своему, не представляетъ никакого практическаго значенія, а второй—можетъ быть изслѣдуемъ только при анализѣ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній.

512. Третье дѣленіе умысла основывается на самыхъ условіяхъ сформированія преступной воли, на степени обдуман-

ности и хладнокровія, проявленныхъ виновнымъ, причемъ нѣкоторые кодексы, въ томъ числѣ и наше уложеніе, придаютъ этому дѣленію значеніе условія, вліяющаго на отвѣтственность при всѣхъ вообще преступныхъ дѣяніяхъ.

Самая характеристика этихъ видовъ дѣлается по психическому состоянію лица или въ моментъ дѣйствія, или въ моментъ сформированія умысла.

Въ первомъ случаѣ различаютъ исполненіе преступнаго дѣйствія въ спокойномъ состояніи, когда дѣйствующій взвѣшиваетъ каждый свой шагъ, и исполненіе аффектированное, часто лишенное надлежащей связи и послѣдовательности (1).

Во второмъ случаѣ различаютъ три оттѣнка. Во 1-хъ, умыселъ, сформированный въ состояніи аффекта, хотя и недостигшаго такой силы, при которой онъ уничтожаетъ вмѣняемость. Дѣйствующій сознательно направляетъ свою дѣятельность къ цѣли, хотя, благодаря ненормальнымъ условіямъ возникновенія преступнаго намѣренія, задуманное рисуется неясно, поставленная цѣль, ея отношеніе къ интерессамъ дѣйствующаго, къ требованіямъ права, отличается невѣрностью, преувеличеніемъ. Такое направленіе воли называется умысломъ аффектированнымъ — impetus (2), и при установленіи отвѣтственности за него обращаютъ вниманіе на самую причину аффекта, на степень извиняемости раздраженія; въ особенности выдѣляются тѣ случаи, когда причиною аффекта были дѣйствія самого пострадавшаго.

Во 2-хъ, тѣ случаи, когда преступная воля, хотя и складывается въ совершенно спокойномъ, хладнокровномъ состояніи духа, но приводится въ исполненіе немедленно по возникновеніи, такъ что дѣйствующій не имѣетъ достаточно времени для обсужденія задуманнаго; этотъ видъ умысла называется внезапнымъ, но хладнокровнымъ—dolus repentinus.

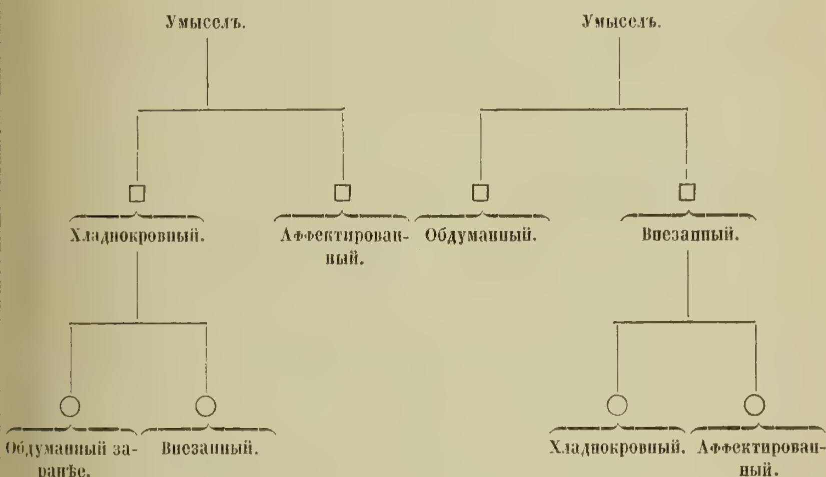
---

(1) Такое дѣленіе встрѣчается во многихъ нѣмецкихъ кодексахъ (mit oder ohne Überlegung) хотя, въ сущности, эти оттѣнки характеризуютъ не столько преступную волю, сколько преступное дѣйствіе.

(2) Подробно излагаетъ исторію доктрины объ умыслѣ аффектированномъ Кестлинъ, System, стр. 187, дѣлающій изъ него среднюю ступень между умысломъ и неосторожностью.

Наконецъ, въ 3-хъ, тѣ случаи, когда виновный заранѣе обдумалъ всѣ существенные моменты предпринимаемаго имъ дѣйствія, сдѣлалъ тщательную оцѣнку плана—умыселъ обдуманный, предумышленіе, dolus praemeditatus.

Всѣ эти три вида могутъ быть или разсматриваемы отдѣльно, или сведены къ двумъ группамъ и, притомъ, по одной изъ двухъ слѣдующихъ схемъ:



513. Наше дѣйствующее уложеніе, въ ст. 4, различаетъ въ умыслѣ двѣ степени: 1) когда дѣяніе учинено вслѣдствіе не внезапнаго, а заранѣе обдуманнаго намѣренія или умысла, и 2) когда оное учинено, хотя и съ намѣреніемъ, но по внезапному побужденію, безъ предумышленія ([1]).

([1]) Но уложеніе не даетъ никакого опредѣленія обоимъ видамъ умысла, потому что составители его, какъ говоритъ графъ Блудовъ въ мнѣніи по дѣлу Улезка (дѣло II-го отдѣл., 1847 г., № 75), признавали, что такія опредѣленія не только безполезны, но и вредны, такъ какъ они никогда не могутъ выразить всѣхъ оттѣнковъ мысли и не объясняютъ, а затемняютъ понятія. Сенатъ, по дѣлу Витнискаго, $^{70}/_{506}$, сдѣлалъ замѣчаніе, что по нашему уложенію выраженіе «умышленно» часто противополагается обдуманному намѣренію и означаетъ именно внезапный умыселъ.

Обдуманность, по нашему праву, относится къ составленію умысла, а не къ дѣйствію; поэтому выполненіе дѣянія въ аффектѣ, происходящемъ отъ опьянѣнія, или возникшемъ въ силу оказаннаго жертвою сопротивленія, не устраняетъ возможности признать дѣяніе учиненнымъ предумышленно, и наоборотъ, полное хладнокровіе, разсчетъ въ моментъ дѣйствія, не предполагаетъ еще обдуманности умысла, такъ какъ оно возможно и при умыслѣ, возникшемъ внезапно.

Уложеніе, въ ст. 4, различаетъ только два вида—предумышленіе и умыселъ внезапный, и вовсе не упоминаетъ объ аффектѣ; но этотъ видъ, какъ признаетъ и практика нашего сената (рѣшеніе, $^{70}/_{705}$, по дѣлу Немѣшаева, и $^{71}/_{1080}$, по дѣлу Трейдлера), подходитъ несомнѣнно подъ понятіе внезапнаго умысла. Въ особенной части, при убійствѣ (ст. 1454 и 1455 въ новой ея редакціи) законъ различаетъ уже три вида: обдуманный заранѣе (ст. 1454), необдуманный заранѣе (1 ч. ст. 1455), и учиненный въ запальчивости и раздраженіи (2 ч. ст. 1455); а при поврежденіяхъ здоровья противополагаетъ обдуманный заранѣе умыселъ аффектированному, возникшему въ запальчивости и раздраженіи.

514. Наличность обдуманности можетъ быть доказываема формальнымъ путемъ, тѣмъ, что умыселъ возникъ ранѣе дѣятельности, отдѣленъ отъ нея извѣстнымъ промежуткомъ; но очевидно, такой способъ доказательства представляется далеко неисключительнымъ; мало того, иногда онъ можетъ оказаться и невѣрнымъ: лицо иногда можетъ относительно долго питать въ себѣ преступное намѣреніе, оставаясь, тѣмъ не менѣе, въ томъ же возбужденномъ состояніи, въ какомъ оно было въ моментъ возникновенія преступной мысли. Болѣе точнымъ признакомъ является обсужденіе, всесторонняя оцѣнка задуманнаго. Если преступникъ болѣе или менѣе тщательно обсуждаетъ шансы задуманнаго предпріятія, пріискиваетъ средства исполненія, старается обезпечить успѣхъ и т. п., то мы можемъ считать его поступокъ обдуманнымъ, а его волю особенно энергичною. Но, конечно, установленіе этого признака можетъ быть сдѣлано только по обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго

случая, а не можетъ быть a priori установлено законодательствомъ (1).

Обдуманность должна относиться къ намѣренію и только при нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяніяхъ, въ видѣ исключенія, къ плану. Такимъ образомъ, дѣяніе остается предумышленнымъ, если виновный, задумавъ совершить кражу изъ дома посредствомъ проникновенія въ окно, въ дѣйствительности совершитъ ее посредствомъ взлома окна, оказавшагося запертымъ. Точно также дѣяніе остается предумышленнымъ, хотя бы самый объектъ, на который направляется посягательство, былъ опредѣленъ не индивидуальными чертами, а какими либо общими, условными признаками, когда, напр., виновный задумалъ украсть тѣ вещи, которыя онъ найдетъ въ комнатѣ, убить перваго, встрѣтившагося ему прохожаго и т. д.; понятіе предумышленности не исчезаетъ даже и въ томъ случаѣ, когда исполненіе преступнаго дѣянія поставлено вообще въ зависимость отъ наступленія извѣстнаго условія.

515. Умыселъ аффектированный также по уложенію характеризуется признаками, относящимися къ моменту возникновенія умысла, а не къ моменту выполненія; его признакомъ поставлена наличность запальчивости и раздраженія, однако не достигшихъ высшей своей степени, или не имѣющихъ патологическаго характера, въ силу коихъ они исключали бы вмѣняемость (2).

---

(1) Такое формальное опредѣленіе даетъ французскій кодексъ, ставя два условія предумышленности: dessein formé avant l'action и guet-apens; самое понятіе préméditation (ст. 297) опредѣляется такъ: предумышленность заключается въ намѣреніи, составленномъ прежде дѣйствія, посягнуть на жизнь опредѣленнаго лица, или даже того, кто будетъ найденъ или встрѣченъ, если даже это намѣреніе будетъ поставлено въ зависимость отъ какихъ либо обстоятельствъ и условій. Ср. разборъ этого опредѣленія у Haus, №№ 342, 343; бельгійское уложеніе отказалось отъ этого опредѣленія и предоставило установленіе признаковъ предумышленности практикѣ. Ср. вообще о признакахъ предумышленности въ статьѣ Миттермайера, die Lehre vom Morde und Todtschlag nach dem preussischen Strafgesetzbuch, verglichen mit den Bestimmungen anderer Gesetzgebungen und geprüft nach den Forderungen der Gerechtigkeit, въ архивѣ Гольдаммера, в. II стр. 141, 285; а по русскому праву у К. Арсеньева, о предумышленномъ и непредумышленномъ убійствѣ въ журн. мин. юст. 1860 г., стр. 71.

(2) Въ мнѣніи втораго отдѣленія Е. И. В. канцеляріи по дѣлу пономаря Улезка и Градобоева (дѣло II-го отдѣл., 1847 г., № 75) сказано: подъ словомъ

Но затѣмъ, для общей характеристики аффектированнаго умысла безразлично, обрушился ли аффектъ на того, кто былъ его прямою или косвенною причиною, или же на лицо, нисколько къ раздраженію непричастное; если жена, въ пылу ссоры съ мужемъ, убиваетъ ребенка, это убійство будетъ аффектированнымъ; также безразлично и свойство причины, вызвавшей аффектъ, такъ какъ признакъ этого вида умысла заключается въ наличности аффекта, а не въ свойствахъ повода; поэтому умыселъ остается аффектированнымъ и тогда, когда поводъ былъ настолько значителенъ, что вывелъ бы изъ себя и самаго хладнокровнаго человѣка, а равно и тогда, когда раздраженіе объяснялось крайне вспыльчивою натурою виновнаго или тѣми обстоятельствами, при коихъ произошло возбудившее его событіе; но, конечно, всѣ эти условія, не измѣняя существа аффектированнаго умысла, вліяютъ на размѣръ наказуемости.

516. Конечно, большая обдуманность, всестороннее обсужденіе плана, указывая на бóльшую энергію воли, на бóльщую ея опасность, могутъ сдѣлать предумышленіе обстоятельствомъ, усиливающимъ вину; но признаніе обдуманнаго умысла всегда и безусловно болѣе тяжкою формою виновности могло бы привести къ несправедливости. Мы можемъ представить такіе случаи, когда лицо, долго обдумывавшее преступленіе, заслуживаетъ снисхожденія, въ которомъ приходится отказать человѣку, дѣйствующему подъ вліяніемъ внезапнаго порыва. Наглядныя доказательства въ этомъ отношеніи представляетъ судебная практика: убійства изъ ревности, изъ мести нерѣдко предполагаютъ обдуманность, долго носимый планъ дѣятельности, а между тѣмъ они всего чаще вызываютъ признаніе виновнаго заслуживающимъ снисхожденія и даже его оправданіе, а убійство изъ корыстныхъ

«раздраженіе» надлежитъ разумѣть не только то, которое происходило отъ досады, оскорбленія или гнѣва, но и произведенное всякою иною страстью; потому оное и поставлено за словомъ «запальчивость», «коего смыслъ гораздо тѣснѣе». Точно также и наша сенатская практика (рѣшенія по дѣламъ Немѣшаева, 70/705, и Трендлера, 71/1080) неоднократно указывала, что запальчивость и раздраженіе, какъ элементъ умышленной вины, не уничтожаетъ вмѣняемости.

побужденій, ради ограбленія, считается всегда тяжкимъ видомъ лишенія жизни, хотя бы преступникъ и дѣйствовалъ въ силу внезапнаго порыва.

На этомъ основаніи, то рѣзкое различіе, которое допускаетъ, напр., французское право при убійствѣ между assassinat и meurtre, или германское—между Mord и Todtschlag, вызываетъ сильныя возраженія, на томъ основаніи, что одна обдуманность плана или выполненія сама по себѣ не можетъ служить основаніемъ для примѣненія смертной казни.

Наше уложеніе, въ ст. 105, говоритъ, что за дѣяніе, учиненное съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ, полагается всегда высшая мѣра наказанія, за то преступленіе положеннаго, если въ законѣ не опредѣлено для случаевъ этого рода особой отвѣтственности. Кромѣ того, по п. 1 ст. 129 мѣра наказанія увеличивается, чѣмъ болѣе было умысла и обдуманности въ дѣйствіяхъ преступника, а по п. 5 ст. 134 наказаніе уменьшается, если преступленіе было учинено вслѣдствіе раздраженія, произведеннаго обидами, оскорбленіями или иными поступками лица, коему виновный сдѣлалъ или покушался сдѣлать зло.

Въ особенной части предумышленіе играетъ иногда еще большую роль, измѣняя отвѣтственность не только въ мѣрѣ, но и въ степени и даже въ родѣ, какъ, напр., при убійствѣ родственниковъ, при дѣтоубійствѣ, а иногда, наоборотъ, эти оттѣнки умысла не имѣютъ никакого значенія, какъ, напр., при убійствѣ родителей, при истребленіи плода.

Такъ какъ предумышленность предполагаетъ отягченную форму виновности, то, конечно, она всегда должна быть точно доказана, и, въ случаѣ сомнѣнія, преступное дѣяніе должно почитаться не предумышленнымъ. Это положеніе получаетъ особенное значеніе при разсмотрѣніи дѣла съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, такъ какъ имъ непремѣнно долженъ быть предложенъ вопросъ объ этомъ условіи или свойствѣ умысла и, въ случаѣ не предложенія такого вопроса, судъ долженъ опредѣлить отвѣтственность, какъ за дѣяніе не предумышленное (1).

---

(1) Это начало установлено и въ рядѣ рѣшеній нашего сената ($^{68}/_{567}$, по дѣлу Руднева; $^{68}/_{531}$, по дѣлу Худаловыхъ; $^{71}/_{431}$, по дѣлу Кербалай-оглы и др.), при этомъ, такъ какъ предумышленность есть понятіе юридическое, то въ вопросахъ

Уставъ о наказаніяхъ, въ ст. 14, между обстоятельствами, усиливающими вину, упоминаетъ объ обдуманности въ дѣйствіяхъ виновнаго, а въ ст. 13 признаетъ сильное раздраженіе, происшедшее не по винѣ подсудимаго, основаніемъ снисхожденія.

Проектъ уголовнаго уложенія вовсе не упоминаетъ объ этихъ видахъ умысла въ общей части, предоставляя, такимъ образомъ, суду право принять во вниманіе обдуманность дѣйствій или аффектированное состояніе виновнаго только при выборѣ мѣры наказанія, если объ этомъ не будетъ особыхъ постановленій.

517. Въ связи съ только что разсмотрѣннымъ дѣленіемъ умысла стоитъ другое, весьма распространенное у средневѣковыхъ криминалистовъ различіе: dolus antecedens, seu ex proposito, dolus consequens seu ex re, и dolus subsequens ([1]); но первые два типа не имѣютъ никакого практическаго значенія, такъ какъ они тождественны съ различіемъ обдуманнаго и внезапнаго умысла; что касается третьяго вида, то, по общему правилу, такая форма виновности представляется невозможною, такъ какъ желать или допускать совершеніе того, что уже совершилось, логически немыслимо, и, какъ бы искренне не было одобреніе того, что совершилось, это одобреніе не будетъ умышленною виновностью. Но вопросъ ставится, повидимому, нѣсколько иначе только тогда, когда измѣненіе воли оказываетъ вліяніе на позднѣйшую дѣятельность виновнаго, такъ что это позднѣйшее измѣненіе ея дѣлается центромъ уголовной отвѣтственности: учинившій поджогъ по неосторожности, но затѣмъ воспользовавшійся этимъ для осуществленія возникшаго умысла и не потушившій пожара, человѣкъ, умышленно не выта-

---

должны быть указаны тѣ факты, изъ которыхъ выводится это понятіе; при такой постановкѣ, судъ долженъ имѣть въ виду, что время, отдѣляющее замыселъ отъ выполненія, приготовительныя дѣйствія виновнаго и другіе признаки получаютъ значеніе доказательства предумышленности только тогда, когда они дали возможность обдумать преступный планъ; поэтому, недостаточно поставить вопросъ: не зародилась-ли у преступника тогда то мысль объ убійствѣ, а нужно прибавить,— такъ что онъ успѣлъ обдумать замышляемое дѣяніе. Ср. также указаніе признаковъ предумышленности въ мнѣніи государственнаго совѣта отъ 31 Марта 1848 г. (п. с. з., № 22162).

([1]) Ср. Geyer, Erörterungen, стр. 10; Gessler, стр. 251.

щившій изъ воды нечаянно столкнутаго, будутъ отвѣчать за умышленный поджогъ или убійство; но въ существѣ, и въ этомъ случаѣ умыселъ будетъ послѣдующимъ только относительно дѣйствія, но онъ будетъ совпадающимъ относительно бездѣйствія.

518. *Неосторожность* (1). Умышленная виновность предполагаетъ не только сознаніе виновнымъ, что онъ посягаетъ на правоохраненный интересъ, но и желаніе или по крайней мѣрѣ безразличное отношеніе къ наступленію такого послѣдствія; какъ скоро эти условія отсутствуютъ, а дѣйствіе тѣмъ не менѣе не относится къ числу невмѣняемыхъ въ вину, мы говоримъ о винѣ неосторожной. Такимъ образомъ, неосторожная вина служитъ дополненіемъ вины умышленной и можетъ представлять два оттѣнка: 1) когда у дѣйствующаго было сознаніе совершаемаго, но не было хотѣнія—преступная самонадѣянность, и 2) когда отсутствовало самое сознаніе—преступная небрежность. Въ первомъ случаѣ дѣйствующій сознаетъ, что послѣдствіемъ его дѣятельности можетъ быть посягательство на правоохраненный интересъ, что, напр., отъ производимаго имъ химическаго опыта можетъ произойти взрывъ зданія, но онъ не относится безразлично къ этому послѣдствію, не допускаетъ его, а, наоборотъ, предполагаетъ, что, благодаря принятымъ имъ мѣрамъ предосторожности, благодаря обстоятельствамъ даннаго дѣянія, преступныя послѣдствія не наступятъ; дѣйствующій, если можно такъ выразиться, сознаетъ возможность учиненія преступнаго дѣянія in abstracto, но не сознаетъ возможности наступленія его in concreto. Во второмъ случаѣ дѣйствующій не сознаетъ, что онъ учиняетъ преступное дѣяніе, хотя и могъ бы это предвидѣть при

---

(1) См. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 232, пр. 1, а также выше приведенную литературу объ умышленной винѣ; въ особенности можно указать на статью Bar, zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhange im Straf und Civilrecht въ Zeitschr. für privat unt öffentl. Recht, 1877 г., № 1, 21—90; F. Bruck, zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht, 1885 г. Подробнѣе разработанъ вопросъ о culpa въ литературѣ гражданскаго права; въ особенности можно указать—Mommsen, Beiträge zur Lehre von der Culpa въ его Beiträge zur Obligationenrechts, 1855 г., III, стр. 345 и сл.; Pernice, Labeo, II (über die Culpa des römischen Rechts) 1878 г.

надлежащей внимательности; только съ исчезновеніемъ возможности предвидѣнія устраняется, какъ мы видѣли, всякая субъективная виновность и начинается господство случая.

Дѣйствующее уложеніе не даетъ точнаго опредѣленія неосторожности, указывая только на элементы этого понятія (1), а проектъ уголовнаго уложенія постановляетъ: «преступное дѣяніе почитается неосторожнымъ, если виновный: 1) не предвидѣлъ онаго, но могъ или долженъ былъ предвидѣть, или 2) предвидѣлъ наступленіе обусловливающаго преступность сего дѣянія последствія, но полагалъ предотвратить таковое». Къ этому объяснительная записка прибавляетъ: «подобно тому, какъ главнымъ типомъ умышленной виновности является умыселъ прямой, такъ важнѣйшею формою вины неосторожной является преступная безпечность или небрежность, формулированная въ 1-мъ пунктѣ 2-й части ст. 40, какъ такое преступное дѣяніе, коего виновный не предвидѣлъ, хотя могъ и долженъ былъ предвидѣть».

519. При умышленныхъ преступныхъ дѣяніяхъ субъективная виновность заключается въ сознательномъ и волимомъ направленіи дѣйствія или бездѣйствія на учиненіе преступнаго дѣянія, въ положительно злой и вредной волѣ; но въ чемъ заключается субъективная преступность самонадѣянныхъ или небрежныхъ дѣйствій, преступность этой недостаточно правомѣрной воли?

---

(1) Формулировка неосторожной вины была сдѣлана у насъ впервые въ проектѣ уложенія 1813 г., § 10; но сводъ законовъ не принялъ этого опредѣленія, а говорилъ, что неосторожностью почитаются тѣ нарушенія законовъ, которыя учинены безъ умысла. Любопытно, что и наши криминалисты эпохи свода не различали неосторожности и случая, какъ, напр., Цвѣтаевъ, Гуляевъ. Ср. мой курсъ, II, № 248, пр. 246. А. Кистяковскій, стр. 385, говоритъ, что неясность дѣйствующаго уложенія произошла оттого, что государственнымъ совѣтомъ опущена 7-я статья проекта, «въ которой опредѣлительно и точно были очерчены, какъ опредѣленіе, такъ и раздѣленіе вины неосторожной на два вида»; но это замѣчаніе заключаетъ очевидное недоразумѣніе: въ ст. 7 проекта, которая приведена цѣликомъ и у автора, не содержится никакого опредѣленія неосторожности, а говорится о мѣрѣ отвѣтственности; сама статья до того неопредѣлительна и неточна, что ея удержаніе въ законѣ только бы увеличило существующую путаницу понятій. Въ особенной части дѣйствующаго уложенія говорится, кромѣ неосторожности, о «нескромности» (ст. 258, 578), о «недоразумѣніи» (ст. 370) и т. д.; но всѣ эти выраженія юридически однозначущи. Законъ 1878 г. о поврежденіи желѣзнодорожныхъ сооруженій также упоминаетъ, кромѣ неосторожности, о неумышленности и небрежности.

Отвѣты, данные на этотъ, во многихъ отношеніяхъ интересный, вопросъ криминалистами представляются весьма различными.

Прежде всего существуютъ попытки, хотя и стоящія совершенно особнякомъ въ доктринѣ, обосновать отвѣтственность за неосторожныя дѣянія исключительно на объективныхъ условіяхъ дѣйствія. Такъ, Руппъ (1) видитъ основанія отвѣтственности за неосторожное учиненіе преступнаго дѣянія не въ волѣ, не въ субъективности виновнаго, такъ какъ таковая отсутствуетъ, а въ причинной связи преступнаго дѣянія и дѣятельности или бездѣйствія виновнаго (in deren Kausalität). «Dolus и culpa, говоритъ онъ (стр. 70), отличаются другъ отъ друга тѣмъ, что въ первомъ причинное соотношеніе наступившаго результата отразилось въ сознаніи дѣйствующаго (въ сознаніи и въ волѣ, какъ, напр., при коварномъ убійствѣ — Meuchelmord, или только въ сознаніи, а не въ волѣ, какъ при d. eventualis), а при неосторожности эта причинность не отражается въ сознаніи (по крайней мѣрѣ въ окончательно установившемся содержаніи сознанія)». Но эта попытка въ существѣ своемъ представляетъ возвращеніе къ теоріи фактическаго вмѣненія древняго права: причинность существуетъ и въ дѣйствіяхъ умалишеннаго, и въ явленіяхъ, вызванныхъ дѣйствіями животнаго, или силами природы, и основывать преступность и наказуемость только на существованіи причинности, значитъ ниспровергнуть основы современнаго ученія о преступности и наказуемости.

520. Обращаясь къ субъективному моменту неосторожной вины и, въ особенности, къ проявленному дѣйствующимъ недостатку внимательности, вдумчивости, нѣкоторые криминалисты, въ особенности прежніе, хотѣли видѣть основаніе наказуемости въ порочности и преступности разсудочной дѣятельности, въ разумѣніи (Verstandesfehler) (2). Но недостатки разумѣнія, будутъ ли они зави-

---

(1) Modernes Recht und Verschuldung 1880 г., въ особенности § 13; см. замѣчанія о его попыткѣ у Bruck'а, стр. 5.

(2) Такое положеніе выставилъ еще Almendingen, Untersuchungen über culpose Verbrechen, 1804 г.; изъ новыхъ писателей къ этому мнѣнію присоединяется Hertz, das Unrecht, 1880 г. Естественнымъ выводомъ изъ этого положенія было бы отрицаніе уголовной наказуемости culpa; къ такому выводу, какъ указываетъ H. Meyer, § 25, пр. 23, приходитъ Lasson (Rechtsphilosophie), допускающій при неосторожности только дисциплинарныя взысканія.

сѣть отъ прирожденныхъ недостатковъ дѣйствующаго, или отъ недостаточности его развитія, его познаній, отъ неспособности напрягать свои умственныя силы и т. п., сами по себѣ не имѣютъ значенія для уголовнаго права, такъ какъ его велѣнія и запреты относятся къ дѣятельности лица, а не къ актамъ психической жизни: архитекторъ, построенный по начертаніямъ котораго сводъ обвалился и раздавилъ рабочихъ, привлекается къ отвѣтственности не за то, что онъ не зналъ теоріи кривыхъ линій и потому сдѣлалъ невѣрный разсчетъ и чертежъ, а за то, что, не обладая надлежащими свѣдѣніями, онъ занимался практическою дѣятельностью, требовавшею таковыхъ, и въ силу того не только поставилъ въ опасность, но и причинилъ вредъ правоохраненному интересу; только неустраненіе вреда, происходящаго отъ дѣйствій лица, который это лицо, при извѣстномъ напряженіи своей психической дѣятельности, могло бы устранить, обосновываетъ отвѣтственность за неосторожность.

Нормы права, опредѣляя условія и границы нашей правовой дѣятельности, разбиваютъ всю эту дѣятельность на правомѣрную и неправомѣрную. Согласіе нашихъ дѣйствій съ требованіями права составляетъ цѣль нашей юридической дѣятельности; но достиженіе этой цѣли, по справедливому замѣчанію Биндинга ([1]), требуетъ соотвѣтствующихъ средствъ, а потому оно возможно только при тщательной обдуманности нашихъ поступковъ, и притомъ какъ въ моментъ выработки плана дѣйствія, такъ и въ моментъ выполненія его. Юридическій порядокъ налагаетъ на насъ обязанность не только не нарушать его приказовъ и запретовъ, но и напрягать нашу умственную дѣятельность, быть внимательными.

521. На томъ положеніи, что неосторожная вина есть неисполненіе обязанности быть внимательнымъ, была построена своеобразная и любопытная конструкція неосторожной вины у Фейербаха, хотѣвшаго характеризовать ее, какъ особый, самостоятельный типъ преступныхъ дѣяній ([2]). Теорія психическаго принужденія, оправ-

([1]) Normen, II, § 36; у него въ § 42—die vorsätzliche und das fahrlässige Delict, gefflast als Übertretungen verschiedenen Normen,—содержится обзоръ различныхъ теорій неосторожной вины.

([2]) Въ его статьѣ въ Bibliotek für peinl. Rechtswiss. См. разборъ его ученія у Binding, Normen, II, стр. 144, и Gessler, стр. 52 и сл.

ывавшая наказуемость только воздѣйствіемъ угрозы наказаніемъ а преступную рѣшимость, естественно должна была привести къ трицанію возможности неосторожныхъ правонарушеній, такъ акъ для того, чтобы дѣяніе было вмѣнено дѣятелю, онъ долженъ ылъ сознательно пренебречь угрозою закона, т. е. дѣйствовать мышленно. Но какъ же тогда поступить съ существующими о всѣхъ кодексахъ неосторожными дѣяніями? Это разрѣшаетъ Фейербахъ признаніемъ самостоятельной группы преступныхъ дѣяній, заключающихъ въ себѣ умышленное нарушеніе обязанности быть внимательнымъ и не причинять вреда извѣстнымъ, въ законѣ указаннымъ, интересамъ. Слѣдовательно, рядомъ съ закономъ, воспрещающимъ посягать на жизнь другаго, долженъ стоять овый законъ, требующій быть внимательнымъ при учиненіи дѣяній, могущихъ причинить кому либо смерть; неосторожное причиненіе смерти, какъ и умышленное, предполагаетъ сознаніе нарушенія закона, т. е. предполагаетъ умышленное нарушеніе спеціальнаго закона. Практическая непригодность этой конструкціи очевидна амо собою; въ особенности при этомъ трудно объяснить, почему для наказуемости неосторожности законъ требуетъ наступленія вреда, а размѣръ наказуемости зависитъ отъ размѣра вреда.

Къ другой конструкціи неосторожности, хотя на тѣхъ же основаніяхъ превращенія ея въ особый видъ умышленной виновности, приходитъ извѣстный современникъ Фейербаха — Штюбель ([1]). Безъ сознанія дѣянія, включительно съ его непосредственными и посредственными результатами, безъ сознанія, что это дѣяніе запрещено уголовнымъ закономъ и подходитъ подъ дѣйствіе закона, не существуетъ преступнаго дѣянія, нѣтъ, слѣдовательно, преступленія безъ умысла. Но что же такое будутъ неосторожные проступки и нарушенія? Если кто либо, говоритъ Штюбель, предполагаетъ правонарушительныя послѣдствія своего дѣянія, какъ необходимыя, или хотя только какъ вѣроятныя, но имъ одобряемыя, то онъ выполняетъ умышленное преступное дѣяніе въ тѣсномъ смыслѣ; если же дѣйствующій не желаетъ предусматриваемаго имъ вѣроятнаго послѣдствія, а желаетъ только опаснаго дѣянія, какъ таковаго, то мы имѣемъ второй

([1]) Ueber gefährliche Handlungen, als für sich bestehende Verbrechen, въ Archiv за 1826 г.; изложеніе его теоріи у Binding, Normen, II, стр. 148.

видъ умысла или вину неосторожную. Этотъ видъ умысла можетъ быть опредѣленъ, какъ рѣшимость на дѣяніе, съ сознаніемъ, что изъ него, вѣроятно, можетъ возникнуть другое, запрещенное уголовнымъ закономъ дѣяніе, но безъ намѣренія учинить послѣднее. Вопросъ о томъ, возникло ли изъ опаснаго дѣянія правонарушительное послѣдствіе или нѣтъ—не имѣетъ никакого значенія, такъ какъ это случайное послѣдствіе ничего не измѣняетъ въ природ опаснаго дѣянія.

Такимъ образомъ, Фейербахъ конструируетъ неосторожность какъ умышленное бездѣйствіе, а Штюбель—какъ умышленно опасное дѣяніе. Это послѣднее воззрѣніе имѣетъ сторонниковъ в новѣйшей литературѣ: такъ, между прочимъ, въ нашей литератур Н. Сергѣевскаго ([1]), хотя его весьма неопредѣленное построені теоріи неосторожности примыкаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, къ указан ной выше объективной теоріи Руппа. «Юридическая конструк ція вмѣненія неосторожности, говоритъ онъ, устанавляется сл дующимъ образомъ: законъ, обращая свои запреты къ граж данамъ, повелѣваетъ имъ воздерживаться не только отъ поступ ковъ, наносящихъ вредъ, но и отъ дѣйствій, заключающихъ въ себѣ опасность вреда . . . . однако, никакой законъ в состояніи былъ до сихъ поръ перечислить и опредѣлит составъ *всѣхъ* опасныхъ дѣйствій, воздержаніе отъ которыхъ желательно въ интересахъ общежитія и частной безопасност Поэтому во всѣхъ законодательствахъ устанавляется еще нака зуемость такихъ дѣйствій, которыя, безъ умысла со сторон дѣятеля, повлекли за собой какой либо запрещенный въ закон вредъ и тѣмъ доказали свою опасность. Такимъ образомъ, въ пол жительномъ правѣ возникаютъ двѣ группы преступныхъ дѣяні имѣющихъ своимъ содержаніемъ опасность вреда: опасныя дѣяні именно указанныя въ уголовномъ законѣ, и опасныя дѣянія, в законѣ именно не указанныя, доказавшія свою опасность своим результатами. . . . Такимъ образомъ, по внѣшности, рядомъ с вмѣненіемъ дѣяній умышленныхъ, поставляется, какъ бы, вмѣне ніе дѣяній неумышленныхъ; но въ дѣйствительности наказывают

([1]) Общая часть уголовнаго уложенія по проекту, въ журн. гражд. и уго права за 1883 г., № 10, стр. 121; Пособія, стр. 316.

здѣсь не послѣдствія, вызванныя безъ умысла, а дѣйствія, ихъ причинившія,—дѣйствія умышленныя и опасныя (1)». Основываясь на этихъ посылкахъ, авторъ дѣлаетъ, далѣе, нѣсколько пожеланій, напр., чтобы законодатель увеличивалъ возможное число прямо опредѣленныхъ въ законѣ опасныхъ дѣяній, а уменьшалъ число случаевъ наказуемой неосторожности; чтобы при наказуемости неосторожности законодатель обращалъ вниманіе не только на опасность объективную, но и на опасность субъективную, и чтобы самое вмѣненіе за culpa допускалось только въ томъ случаѣ, когда наступившій вредъ свидѣтельствуетъ объ опасности дѣянія вообще, а не только объ его вредоносности въ отдѣльномъ случаѣ (2).

Но съ такою конструкціею неосторожности, по моему мнѣнію, нельзя согласиться ни съ точки зрѣнія дѣйствующаго права, ни, еще болѣе, съ точки зрѣнія реформы законодательства. Авторъ противополагаетъ опасныя дѣянія, особо запрещенныя закономъ, опаснымъ дѣяніямъ, которыя наказуемы не сами по себѣ, а только какъ неосторожное причиненіе вреда, и полагаетъ, что этою послѣднею группою исчерпывается объемъ неосторожности; но во всѣхъ законодательствахъ существуетъ еще обширная группа наказуемой неосторожности—въ видѣ причиненія неосторожнаго вреда дѣяніями, прямо запрещенными въ виду ихъ опасности: хозяинъ дома не чистилъ цѣлый годъ печныя трубы, или мужикъ оставилъ, во

(1) Къ этимъ положительнымъ соображеніямъ г. Сергѣевскій присоединяетъ отрицательныя, говоря (стр. 121): «господствующая конструкція неосторожности основывается на неправильномъ представленіи, что человѣкъ имѣетъ возможность познать результаты своей дѣятельности, но тѣмъ не менѣе не можетъ познать ихъ; имѣетъ возможность сознать, но тѣмъ не менѣе не дѣлаетъ этого. Можемъ ли мы допустить такое состояніе? Не должны ли мы, наоборотъ, признать, что если человѣкъ въ извѣстномъ данномъ случаѣ in concreto не предусматриваетъ послѣдствія, то онъ въ этомъ случаѣ и не могъ его предусмотрѣть? Мы съ своей стороны убѣждены въ послѣднемъ». Но такое положеніе можетъ защищать развѣ самый крайній детерминистъ, а авторъ—защитникъ теоріи закономѣрности. Съ точки зрѣнія этой теоріи возраженія становятся безсодержательными: что если бы въ жизни изъ факта неисполненія, по небрежности, какой либо обязанности дѣлали заключеніе о невозможности исполненія таковой? Сколько бы оправданій различной дѣятельности, оказавшейся или безнравственною, или юридически вредною, повлекло за собою такое положеніе, какой бы вредъ причинило оно общественному порядку!

(2) Эти послѣднія пожеланія, впрочемъ, ни въ какомъ соотношеніи съ теоріею Сергѣевскаго не состоятъ.

время топки, овинъ безъ надзора; отъ этого сгорѣлъ домъ и имущество квартиранта, или сгорѣла рига: какъ мы накажемъ виновнаго Конечно, по статьѣ 98, а не по 89 или пункту *е* ст. 95 устава о наказаніяхъ, т. е. накажемъ не за опасное дѣяніе, а за вредъ причиненный по неосторожности. Тотъ же выводъ получится, если мы обратимся къ тѣмъ случаямъ, когда дѣяніе само по себѣ не воспрещено закономъ, а причиненный имъ вредъ наказуемъ: кто-нибудь, необдуманно, придя въ чужую квартиру, схватилъ висѣвшее на стѣнѣ ружье, прицѣлился въ находившагося въ квартирѣ посѣтителя, спустилъ курокъ, выстрѣлъ однако не послѣдовалъ, хотя ружье и было заряжено, произошла осѣчка—опасное дѣйствіе не наказуемо; выстрѣлъ произошелъ и причинилъ смерть—виновный отвѣчаетъ по 1468 ст. уложенія; за что же мы наказываемъ его: за опасное дѣйствіе или за причиненное по неосторожности послѣдствіе? Далѣе, положеніе автора, что, при наказуемости неосторожнаго послѣдствія, мы всегда наказываемъ «дѣйствія умышленныя и опасныя», также невѣрно, такъ какъ опасныя дѣйствія, особо запрещенныя въ законѣ, для ихъ наказуемости вовсе не требуютъ умышленности: кто нибудь развелъ костеръ среди лѣса, ушелъ, оставивъ его не потушеннымъ, и причинилъ лѣсной пожаръ; нужно ли для примѣненія ст. 98 доказывать, что ушедшій умышленно оставилъ костеръ не потушеннымъ?

Также несостоятельна эта теорія отнесенія неосторожнаго вреда къ группѣ опасныхъ дѣяній и съ точки зрѣнія законодательныхъ измѣненій. Увеличеніе числа прямо запрещенныхъ опасныхъ дѣяній нисколько не уменьшитъ объема наказуемой неосторожности, такъ какъ одни постановленія вовсе не покрываютъ другихъ: причиненіе по неосторожности пожара, увѣчья, неосторожное лишеніе жизни, вѣроятно и въ ближайшихъ будущихъ кодексахъ будутъ облагаться личными наказаніями—арестомъ и даже тюрьмою; но, конечно, такія наказанія немыслимы за нарушеніе правилъ осторожности при обращеніи съ огнемъ, даже при нарушеніи большинства правилъ, ограждающихъ личную безопасность.

Всѣ предшествующія замѣчанія одинаково относятся какъ къ теоріи Н. Д. Сергѣевскаго, такъ и къ ея прототипу—теоріи Штюбеля; но первая вызываетъ и иныя самостоятельныя возраженія. По теоріи Сергѣевскаго, неосторожными должны быть признаны тѣ,

особо не указанныя въ законѣ, опасныя дѣянія, коихъ опасность свидѣтельствуется ихъ результатомъ; этимъ положеніемъ его ученіе примыкаетъ къ вышеуказанной теоріи Руппа: причиненіе вреда— вотъ основаніе наказуемости; но чѣмъ же мы отличимъ, при такой постановкѣ, неосторожное убійство отъ случайнаго, такъ какъ и въ послѣднемъ есть вредъ, свидѣтельствующій объ опасности вызвавшаго его дѣянія? Хорошо, что далѣе (стр. 126) авторъ, говоря о случаѣ, какъ условіи невмѣненія, опредѣляетъ его только съ точки зрѣнія господствующей теоріи неосторожности, а въ общей характеристикѣ условій невмѣняемости вовсе забываетъ о своей теоріи неосторожности.

522. Сущность неосторожной вины и основы ея наказуемости, по моему мнѣнію, могутъ быть выведены изъ понятія объ охранѣ нормами юридическихъ интересовъ и изъ общихъ вышеуказанныхъ условій вмѣненія и виновности.

Беря подъ свою охрану какой либо интересъ, государство налагаетъ на каждаго гражданина обязанность воздерживаться отъ сознательнаго и волимаго причиненія вреда этому интересу или отъ поставленія его въ опасность; но весьма нерѣдко, въ виду важности правоохраненнаго интереса, государство идетъ далѣе и налагаетъ на каждаго обязанность: въ той его дѣятельности или бездѣйствіи, которыя соприкасаются съ этимъ интересомъ, которыя могутъ быть причиною его поврежденія, быть возможно осторожнымъ и внимательнымъ, угрожая за поврежденіе этого интереса по невнимательности наказаніемъ; такимъ образомъ, основа наказуемости случаевъ этого рода лежитъ въ неисполненіи обязанности дѣйствовать осторожно, въ недостаткѣ правомѣрной воли: виновный могъ предвидѣть, что изъ его дѣйствія произойдетъ вредъ правоохраненному интересу, но не оказалъ надлежащей заботливости, вредъ произошелъ, а потому онъ и отвѣчаетъ за него въ уголовномъ порядкѣ.

Жизненный опытъ свидѣтельствуетъ намъ, что условія общественной жизни, съ ея взаимно переплетающимися интересами, вызываютъ значительное число такихъ посягательствъ на правоохраненные интересы, не желаемыхъ и даже не допускаемыхъ лицомъ, учинившимъ такое посягательство; но, какъ я замѣтилъ

выше, по общему правилу, въ современномъ правѣ такой вредъ не почитается еще достаточнымъ основаніемъ уголовной отвѣтственности, пока въ этомъ причиненіи мы не откроемъ субъективной виновности дѣйствующаго. Поэтому мы и раздѣляемъ всѣ неумышленныя посягательства на правоохраненный интересъ на вмѣняемыя и не вмѣняемыя. Подобно тому, какъ признакомъ умышленныхъ дѣяній является дѣйствительное проявленіе элементовъ дѣеспособности въ дѣяніи, такъ характеристическимъ признакомъ неумышленныхъ, но вмѣняемыхъ дѣяній ставится возможность проявленія этихъ элементовъ, т. е. возможность сознанія и возможность правомѣрнаго хотѣнія, при извѣстномъ напряженіи или измѣненіи психической дѣятельности; напротивъ того, характеристическимъ признакомъ не вмѣняемыхъ дѣяній должна быть признана невозможность таковаго проявленія.

Учинившій неумышленное, но вмѣняемое дѣяніе нарушаетъ обязанность, имѣющую не только религіозно-нравственный, но и юридическій характеръ, не совершать ничего, вредящаго правоохраненнымъ интересамъ, обязанность, совмѣщающую въ себѣ, какъ моментъ, обязанность сознательно не посягать на этотъ интересъ.

При такомъ воззрѣніи, въ основныхъ чертахъ проявленія виновности умышленной и неосторожной представляются аналогичными.

Стоя на почвѣ теоріи подчиненности человѣческихъ дѣйствій закону достаточной причины, мы говоримъ, что лицо, сознательно и волимо осуществившее мотивъ, въ данный моментъ преобладающій въ его психическомъ настроеніи, по соображеніямъ, которыя будутъ изложены далѣе, въ ученіи о наказаніи, подлежитъ уголовной карѣ; по тѣмъ же соображеніямъ, должно подлежать наказуемости и лицо, не воспользовавшееся своими психическими средствами, вліяющими на опредѣленіе дѣятельности, хотя и находившееся въ условіяхъ, допускавшихъ возможность таковаго пользованія.

Предполагая далѣе, что неосторожность, какъ и умыселъ, суть только оттѣнки субъективной виновности, выразившейся въ посягательствѣ на правоохраненный интересъ, я не могу, конечно, видѣть въ неосторожности преступнаго бездѣйствія, такъ какъ она можетъ быть элементомъ какъ посягательства на запреты, такъ и посягательства

гательства на требованія закона; еще менѣе можно, по моему мнѣнію, конструировать неосторожность, какъ правоопасное дѣяніе, такъ какъ она всего чаще является элементомъ дѣяній, причиняющихъ правоохраненнымъ интересамъ вредъ, а не только ставящимъ ихъ въ опасность.

Посягательство на всякій правоохраненный интересъ можетъ быть учинено умышленно и неосторожно: норма «не убей» заключаетъ въ себѣ и воспрещеніе сознательно посягать на жизнь другаго и воспрещеніе быть причиною чьей либо смерти въ силу легкомыслія и небрежности. Но это общее положеніе получаетъ въ законодательствахъ существенныя ограниченія, частью—въ силу условій состава преступныхъ дѣяній, частью—въ силу прямаго указанія закона, такъ что область вины неосторожной, сравнительно съ умышленною, представляется несравненно меньшею.

523. Неосторожная вина дополняетъ собою вину умышленную, вмѣстѣ съ нею противополагаясь дѣяніямъ не вмѣняемымъ; поэтому она характеризуется двоякаго рода признаками, отличающими ее отъ умысла и отъ невмѣняемости.

Перваго рода признакомъ является отсутствіе сознанія учиненнаго посягательства на правоохраненный интересъ и, притомъ, или вообще, или по отношенію къ конкретнымъ условіямъ дѣянія при, такъ называемой, самонадѣянности.

Отсутствіе сознанія преступности учиненнаго свидѣтельствуетъ о наличности у дѣйствующаго невѣдѣнія и заблужденія объ условіяхъ его дѣйствія, которыя, устраняя умышленную вину, создаютъ въ то же время вину неосторожную, если, конечно, эта ошибка не устраняетъ самаго вмѣненія.

На этомъ основаніи, все изложенное выше ученіе объ ошибкѣ вполнѣ примѣняется къ установленію границъ умысла и неосторожности, а потому, не повторяя высказанныхъ уже положеній, я позволю себѣ резюмировать его въ примѣненіи къ неосторожности.

Такимъ образомъ, источникомъ неосторожной вины можетъ быть характеръ и личныя свойства дѣйствующаго, его легкомысліе, отсутствіе привычки сосредоточивать вниманіе на своихъ поступкахъ, неловкость и неповоротливость въ дѣйствіяхъ, лѣность, мѣшав-

шая ему пріобрѣсти свѣдѣнія, необходимыя для правомѣрной дѣятельности въ данномъ случаѣ, излишняя самоувѣренность, самомнѣніе и т. д.; или источникъ неосторожности можетъ лежать во временныхъ условіяхъ дѣйствій, требовавшаго быстраго рѣшенія, въ аффектированномъ состояніи, въ запальчивости и раздраженіи, или, наоборотъ, въ притупленіи психической дѣятельности, въ апатіи, лѣни думать и т. п., или же, наконецъ, въ дѣйствіяхъ третьихъ лицъ, сдѣлавшихся притомъ источникомъ такой ошибки безсознательно или сознательно (1).

Это отсутствіе сознанія учиненнаго, опредѣляющее бытіе неосторожной вины, можетъ относиться къ совершенному въ полномъ его объемѣ, или къ его частямъ; оно можетъ относиться или къ фактической обстановкѣ дѣйствія, или къ причинному соотношенію, вызванному сознательными и, можетъ быть, обдуманными дѣйствіями лица. Далѣе, это отсутствіе сознанія можетъ относиться къ юридической обстановкѣ дѣянія, такъ, напр., человѣкъ, сжегшій вещь, почитаемую имъ своею, но оказавшуюся чужою, не можетъ отвѣчать за умышленное истребленіе чужой собственности, но можетъ быть наказанъ за неосторожность (2).

Но, во всякомъ случаѣ, эта ошибка должна относиться къ существеннымъ условіямъ дѣянія, такъ какъ только тогда уничтожается умышленная вина и, слѣдовательно, можетъ возникнуть вопросъ о неосторожности.

Въ силу этого соотношенія между умысломъ и неосторожностью, вопросъ объ объемѣ и даже объ опредѣленіи неосторожности стоитъ въ прямой зависимости отъ значенія, придаваемаго теоріею

---

(1) Особенно подробно останавливаются на изслѣдованіи причинъ неосторожной виновности французскіе криминалисты, которые различаютъ: faute par ignorance, maladresse, impéritie, imprévoyance, imprudence, inattention, insouciance, paresse, pétulence, témérité и пр. Ср. Haus, principes, № 308. Но весь этотъ перечень не имѣетъ практическаго значенія; въ особенности не надо забывать, что не эти свойства сами по себѣ составляютъ неосторожную вину, а она есть продуктъ этихъ свойствъ.

(2) Поэтому опредѣленіе Liszt'a, § 41, что неосторожнымъ дѣяніемъ должна быть признаваема дѣятельность, не сопровождаемая сознаніемъ ея причинности, когда, однако, такого представленія можно и должно было достигнуть, представляется также неполнымъ, какъ и его опредѣленіе умысла, какъ сознанія причинности дѣйствія и послѣдствія.

и практикою невѣдѣнію и заблужденію относительно запрещенности даннаго дѣянія.

Такимъ образомъ, сторонники ученія, признающаго, что невѣдѣніе и заблужденіе относительно запрещенности учиненнаго или, наоборотъ, относительно его правомѣрности, устраняютъ умышленность преступнаго дѣянія, должны несравненно шире опредѣлять объемъ неосторожной вины, чѣмъ сторонники положенія ignorantia juris semper nocet, такъ какъ, напр., лицо, нарушившее требованіе закона, которое оно не знало, но которое оно могло узнать, если бы о томъ позаботилось, по первой теоріи отвѣчаетъ за неосторожность, а по второй—за умыселъ [1].

524. Другимъ признакомъ неосторожности, отличающимъ ее отъ невмѣняемыхъ, а въ особенности отъ случайныхъ дѣяній, является возможность сознанія учиненнаго и возможность предвидѣнія послѣдствія.

Для уразумѣнія этого, еще болѣе важнаго условія неосторожности необходимо, прежде всего, имѣть въ виду неоднократно уже указанное положеніе, что основою отвѣтственности при неосторожной винѣ является не самый фактъ незнанія и непредвидѣнія, а то поведеніе лица, та его дѣятельность, которою обусловливается вредное послѣдствіе этого незнанія и непредвидѣнія, его неблагоразуміе; поэтому человѣкъ, обращающійся неосторожно съ заряженнымъ ружьемъ, думая, что оно не заряжено, и причиняющій вредъ, отвѣчаетъ не за то, что онъ не зналъ, что ружье заряжено, а за то, что онъ дѣйствовалъ безъ надлежащей внимательности, благодаря чему у него не оказалось необходимыхъ въ данномъ случаѣ свѣдѣній. Въ силу этого, бо̀льшая степень знаній, даже ихъ спеціальность, не всегда уменьшаетъ шансы отвѣтственности за неосторожность, а иногда даже увеличиваетъ ихъ, расширяя кругъ предъявляемыхъ дѣйствующему требованій.

---

(1) Только къ этимъ случаямъ можетъ быть примѣняемо опредѣленіе неосторожной вины у Binding'а, что неосторожность есть хотѣніе дѣянія безъ сознанія его противозаконности; распространеніе же этого опредѣленія на всѣ случаи неосторожности возможно только на почвѣ защищаемаго Биндингомъ гартмановскаго ученія о безсознательномъ хотѣніи.

Но какъ же опредѣлить размѣръ благоразумія, который могъ бы служить основаніемъ уголовной отвѣтственности за неосторожность и, вмѣстѣ съ тѣмъ, быть признакомъ, отграничивающимъ ее отъ случая? Доктрина гражданскаго права, какъ старая, такъ и новая, держится въ этомъ отношеніи объективной мѣрки, установленной еще римскимъ правомъ; это—мѣра благоразумія рачительнаго отца семейства (diligens pater familias, Mustermann), понимая подъ этимъ, разумѣется, не одну общую и неизмѣнную мѣрку благоразумія, во всѣхъ условіяхъ и положеніяхъ дѣйствующаго, но при данной юридической обстановкѣ; степень благоразумія рачительнаго отца семейства будетъ, конечно, иная, когда онъ защищаетъ свои права, или когда онъ совершаетъ дѣйствіе, хотя и правомѣрное, но въ то же время, прямо или косвенно соприкасающееся съ интересами другихъ (¹).

Возможно ли перенесеніе этого принципа и въ уголовное право? Дѣйствительно, мы встрѣчаемъ такую попытку даже у новыхъ криминалистовъ (²); но съ такимъ положеніемъ трудно согласиться не только потому, что эта мѣрка имѣетъ только кажущуюся опредѣленность, но и потому, что она не соотвѣтствуетъ общимъ основаніямъ уголовной отвѣтственности. Становясь въ гражданскія правоотношенія къ другимъ, я необходимо разсчитываю на извѣстныя условія ихъ дѣятельности, на ихъ осторожность, знаніе, и горе тому, кто стоитъ ниже этого уровня рачительнаго отца семейства—diligentibus jura sunt scripta; его имущественная отвѣтственность наступаетъ, хотя, можетъ быть, сколько бы разъ онъ ни былъ въ такомъ положеніи, онъ всегда поступитъ такъ, а не иначе, такъ какъ таковъ предѣлъ его разумѣнія. Но другое дѣло

(¹) Ср. Windscheid, Pandekten, I, § 101, пр. 8; Goudsmit, cours, стр. 208 и сл. обстоятельное опредѣленіе понятія о diligens pater familias даетъ Mommsen, Beiträge, стр. 361. Baron, Pandekten, 71, принимаетъ три объективные масштаба благоразуміе обыкновеннаго человѣка при culpa lata, совершающаго недозволенное дѣяніе при culpa in concreto, и рачительнаго отца семейства—при culpa in abstracto.

(²) Bar, zur Lehre von der culpa, стр. 26 и сл.; Berner, § 71, а также отчасти Liszt, Wahlberg. Ср. возраженія противъ объективнаго масштаба благоразумія у Binding, Normen, стр. 348, пр. 519; H. Meyer, стр. 221; Hälschner, Geyer. Ср. также Haus, principes, № 307; Спасовичъ, учебникъ, стр. 151.

отвѣтственность уголовная: падая на личность, имѣя въ виду даннаго индивидуума, она должна сообразоваться съ его индивидуальными условіями, его трусливостью, ограниченностью, находчивостью и т. д. Только въ одномъ случаѣ судъ, при опредѣленіи неосторожной вины, можетъ отправляться отъ объективной мѣрки, когда основою небрежности является отсутствіе знаній и, въ особенности, спеціальныхъ, требуемыхъ тою дѣятельностью или профессіею, которою занимался виновный, такъ какъ тогда объемъ обязательныхъ знаній, конечно, можетъ быть опредѣленъ по объективному масштабу.

Въ этомъ смыслѣ опредѣляетъ неосторожность и нашъ проектъ уголовнаго уложенія: виновный не предвидѣлъ преступнаго дѣянія (въ смыслѣ первой статьи проекта), хотя могъ или долженъ былъ оное предвидѣть. Въ поясненіе употребленнаго въ опредѣленіи двойственнаго признака «могъ» и «долженъ» объяснительная записка указываетъ, что наказаніе за небрежность можетъ быть назначаемо или исключительно въ виду отдѣльнаго акта, или по соображенію отношенія этого факта къ спеціальной дѣятельности: лицо, неосторожно обращавшееся съ заряженнымъ ружьемъ, думая, что оно не заряжено, наказывается потому, что оно могло узнать объ этомъ обстоятельствѣ; архитекторъ, у котораго рухнулъ неправильно выстроенный сводъ, наказывается за то, что онъ, принимая руководительство постройкою, долженъ былъ знать, какъ строятъ своды.

Если данное дѣйствіе произвело нѣсколько результатовъ, одинаково не предвидѣнныхъ дѣйствовавшимъ, то для вмѣненія учиненнаго въ неосторожную вину необходимо доказать возможность предвидѣнія по отношенію къ каждому изъ этихъ результатовъ.

325. Положительно злая воля, выражающаяся въ умыслѣ, сама по себѣ представляетъ опасность для правоваго порядка, а потому проявившій таковую можетъ иногда подлежать отвѣтственности, хотя задуманное имъ и не было довершено; но иначе ставится вопросъ о недостаткѣ благоразумія, опредѣляющемъ бытіе неосторожной вины; сама по себѣ неосторожность не имѣетъ никакого юридическаго значенія; только сдѣлавшись вредоноснымъ или

опаснымъ дѣяніемъ, она получаетъ таковое; иногда только благодаря этимъ послѣдствіямъ, мы можемъ даже опредѣлить и самое бытіе такого неблагоразумія. Поэтому, неосторожная вина получаетъ наказуемый характеръ только въ томъ случаѣ, когда она проявилась въ дѣйствительномъ нарушеніи требованій или запретовъ закона, причемъ безразлично, будетъ ли такимъ проявленіемъ самое преступное содѣяніе или бездѣйствіе, или неосторожными будутъ наступившіе преступные результаты: кучеръ, пустившій лошадь въ карьеръ и смявшій прохожаго, отвѣчаетъ не за неосторожную ѣзду, а за неосторожное причиненіе увѣчья или смерти, но только въ томъ случаѣ, если эти послѣдствія дѣйствительно произошли. При этомъ, конечно, въ тѣхъ случаяхъ, когда виновному вмѣняются вызванныя его неосторожностью послѣдствія, каждый разъ должна быть доказана причинная связь неблагоразумныхъ дѣйствій и преступнаго послѣдствія ([1]).

526. Это ограниченіе отвѣтственности за неосторожную вину наводитъ и на другой, столь же важный практически, вопросъ: всѣ ли типы преступныхъ дѣяній допускаютъ двойственную форму виновности—умыселъ и неосторожность?

Съ точки зрѣнія охраны интересовъ, казалось бы, отвѣтъ долженъ быть утвердительный, такъ какъ всякій интересъ можетъ пострадать какъ отъ умышленнаго, такъ и отъ неосторожнаго дѣянія; но разсмотрѣніе законодательныхъ опредѣленій отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній указываетъ намъ цѣлый рядъ посягательствъ, которыя, по ихъ конструкціи, исключаютъ возможность неосторожнаго учиненія. Конечно, точное опредѣленіе этихъ дѣяній относится къ особенной части; но нѣкоторыя указанія должны быть сдѣланы и при обрисовкѣ общаго ученія о неосторожной винѣ.

Такъ, сюда относятся тѣ дѣянія, при которыхъ причиненіе вреда извѣстному интересу, даже его уничтоженіе, считается преступнымъ и наказуемымъ только въ томъ случаѣ, когда оно сдѣ-

---

([1]) Но, конечно, было бы неправильно ограничивать наказуемость неосторожности только причиненіемъ вредныхъ послѣдствій (Liszt, § 29), такъ какъ неосторожная вина возможна и при преступномъ содѣяніи, воспрещенномъ независимо отъ вызванныхъ имъ послѣдствій. Ср. Lucas, стр. 111 и сл.; Brück, стр. 81 и сл.

ано съ особою, въ законѣ указанною цѣлью: какъ, напр., поджогъ обственнаго имущества съ цѣлью получить страховую сумму; оддѣлка метрическаго свидѣтельства съ цѣлью скрыть права остоянія и т. д. Учиненіе подобныхъ дѣяній по неосторожности, онечно, юридически немыслимо.

То же нужно сказать и относительно дѣяній, для состава коихъ хотя и не требуется спеціальная цѣль, но при которыхъ преступность посягательствъ на извѣстный интересъ обусловливается сознательностью дѣйствій, какъ, напр., обида, клевета, преступные захваты и т. д.

Наконецъ, къ этой группѣ должны быть отнесены тѣ дѣянія, самый способъ учиненія коихъ предполагаетъ наличность умышленности, таковы: поддѣлка монеты, подлоги, изнасилованіе, бунтъ и т. п.

527. Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія, насъ интересующей, всѣ преступныя посягательства распадаются на двѣ группы: одни, по ихъ составу, всегда предполагаютъ наличность умышленной вины, другія допускаютъ учиненіе ихъ и по умыслу, и по неосторожности. Но и въ этой послѣдней группѣ современныя законодательства и, притомъ, какъ французской, такъ и германской семьи, наказываютъ неосторожность только въ нѣкоторыхъ, особо указанныхъ въ законѣ, случаяхъ, причемъ выборъ этихъ случаевъ представляется крайне разнообразнымъ (1). Однако, эта система, вполнѣ вѣрная относительно тяжкихъ преступныхъ дѣяній, не примѣнима къ нарушеніямъ, гдѣ оттѣнки виновности не играютъ особенной роли. На этомъ основаніи, напр., большинство нѣмец-

(1) Бернеръ, § 71, замѣчаетъ, что германскій кодексъ наказываетъ culpa по тремъ основаніямъ: 1) по важности объекта; 2) вслѣдствіе нарушенія виновнымъ собой обязанности; 3) въ большинствѣ полицейскихъ нарушеній; а въ примѣненіи къ трехчленному дѣленію: большею частію при нарушеніяхъ, иногда при проступкахъ, никогда при преступленіяхъ. Изъ партикулярныхъ нѣмецкихъ кодексовъ баварское уложеніе 1813 г. держалось иной системы, а именно признавало неосторожность наказуемою при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, относительно коихъ законъ не дѣлаетъ противоположнаго указанія. Ср. изложеніе этого вопроса Bruck, стр. 34—67. По французскому праву ср. Ortolan, Eléments, № 383; далѣе (№№ 401 и 402) онъ перечисляетъ тѣ случаи, въ которыхъ по французскому праву безусловно требуется для наказуемости наличность намѣренія; по бельгійскому праву—Haus, principes, № 290. Ср. мой курсъ, II, № 241.

кихъ комментаторовъ должны были допустить презумпцію, что при полицейскихъ проступкахъ неосторожность всегда наказуема, хотя на это нѣтъ прямыхъ указаній въ законѣ.

Въ этомъ отношеніи, казалось бы практичнѣе установить, примѣняясь къ трехчленному дѣленію, принятому во всѣхъ кодексахъ, общее правило, что при преступленіяхъ и проступкахъ неосторожность наказуема, а при нарушеніяхъ не наказуема только въ случаяхъ, особо указанныхъ въ законѣ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ наказуема и неосторожность, за исключеніемъ нарушеній, размѣръ отвѣтственности за неосторожныя дѣянія долженъ быть меньшимъ, такъ какъ самонадѣянность и безпечность не могутъ быть приравнены къ злой волѣ, съ ея разнообразными оттѣнками.

528. Нашъ сводъ законовъ допускалъ наказуемость неосторожной вины въ двухъ случаяхъ: или на основаніи особыхъ постановленій закона, или же по усмотрѣнію суда, согласно съ обстоятельствомъ дѣла и состояніемъ виновнаго; но уложеніе измѣнило эту систему и ст. 110 прямо говоритъ: «строгость *опредѣленнаго въ законѣ* наказанія за преступленіе, учиненное безъ намѣренія, увеличивается». . . . Такимъ образомъ, по тексту закона, для наказуемости неосторожности недостаточно, чтобы дѣяніе вообще было запрещено и неосторожное совершеніе его было возможно, а необходимъ спеціальный запретъ неосторожныхъ поступковъ, какъ таковыхъ (¹).

Но это обобщенное правило, въ свою очередь, вызываетъ сомнѣнія относительно его примѣнимости къ полицейскимъ нарушеніямъ и къ посягательствамъ на уставы казенныхъ управленій, такъ какъ пришлось бы и въ этихъ случаяхъ наказывать только умыселъ. Поэтому казалось бы возможнымъ и относительно уложенія допустить такое толкованіе, что правило о наказуемости неосторожности только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ, не распространяется на тѣ дѣянія, изъ состава коихъ можно заключить, что законъ обращаетъ главное вниманіе на матеріальный вредъ, а не на оттѣнки субъективной виновности.

(¹) Ср. Лохвицкій, курсъ, стр. 121.

529. Нѣсколько иначе рѣшаетъ этотъ вопросъ уставъ о наказаніяхъ, постановленія коего, въ виду ихъ практической важности, а также широкаго объема, приданнаго имъ практикою сената, заслуживаютъ болѣе подробнаго разсмотрѣнія.

Ст. 9-я устава постановляетъ: «за проступки, совершенные безъ намѣренія, мировымъ судьямъ предоставляется дѣлать виновнымъ, смотря по обстоятельствамъ, выговоръ, замѣчанія и внушенія. Болѣе строгія наказанія опредѣляются за ненамѣренные проступки только въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда симъ уставомъ назначено наказаніе именно за неосторожность и 2) когда проступокъ состоитъ въ неисполненіи, по небрежности, какой либо особой обязанности, возложенной закономъ».

Останавливаясь на первой части этой статьи, мы видимъ, что она не содержитъ никакого опредѣленія неосторожной вины, а даетъ мировому судьѣ право привлекать къ отвѣтственности за всякій неосторожный поступокъ, причемъ, несмотря на то, что это постановленіе помѣщено въ общей части, уставъ придаетъ ему характеръ спеціальнаго проступка, нарушенія гражданской обязанности быть внимательнымъ, съ самостоятельною санкціею.

Для поясненія этого положенія необходимо обратиться къ его исторіи. Въ проектѣ устава было принято, какъ правило, что «проступки, совершенные ненамѣренно, не подлежатъ наказанію», кромѣ двухъ случаевъ, указанныхъ нынѣ въ пунктахъ 2-мъ и 3-мъ ст. 9; «во всѣхъ же прочихъ случаяхъ неосторожности или небрежности, прибавляла статья, мировому судьѣ предоставляется дѣлать виновному внушеніе». Это внушеніе, какъ видно изъ объяснительной записки, не разсматривалось какъ наказаніе, и составители проекта, установляя его, имѣли въ виду, что внушеніе, дѣлаемое виновному лицомъ, избраннымъ всѣми сословіями и пользующимся въ своей мѣстности значительнымъ вѣсомъ, можетъ имѣть очень полезное вліяніе на людей, провинившихся безъ намѣренія, только по неосмотрительности. Такимъ образомъ, эта мѣра имѣла, такъ сказать, педагогическій, а не карательный характеръ, и была разсчитана на ту авторитетную роль, которую, какъ предполагалось, будетъ играть мировой судья въ нашемъ обществѣ. Но при разсмотрѣніи проекта въ соединенныхъ департаментахъ государственнаго совѣта, послѣдній, основываясь на томъ,

что, по «основнымъ положеніямъ», мировому судьѣ предоставлено право дѣлать не только внушенія, но и выговоры и замѣчанія, нашелъ необходимымъ дополнить въ этомъ смыслѣ и данную статью. Государственный совѣтъ не обратилъ вниманія на то, что чрезъ это произошло не только измѣненіе редакціи, но и существа даннаго постановленія, такъ какъ эта трехродная мѣра взысканія, согласно 1 ст. устава о наказ. и 33 ст. устава угол. суд., является уже низшимъ типомъ наказаній, налагаемыхъ мировыми судьями, а не педагогическимъ внушеніемъ, что̀ еще болѣе подтверждается дальнѣйшимъ выраженіемъ статьи 9-й «болѣе строгія наказанія опредѣляются».

На этомъ основаніи, нынѣ представляется весьма важнымъ съ точностью опредѣлить, при какихъ условіяхъ каждый можетъ быть за сдѣланную имъ неосторожность привлеченъ къ уголовной отвѣтственности и подвергнутъ наказанію, со всѣми его невыгодными послѣдствіями для наказаннаго (1).

Во 1-хъ, статья 9-я говоритъ только о «проступкахъ», учиненныхъ безъ намѣренія; поэтому, какъ неоднократно разъяснялъ нашъ сенатъ, судъ, примѣняя ст. 9, обязанъ указать, подъ какую статью закона подходилъ бы учиненный виновнымъ проступокъ, если бы былъ учиненъ умышленно (2).

Во 2-хъ, первая часть статьи 9 не можетъ быть примѣнена къ тѣмъ проступкамъ, за неосторожное учиненіе коихъ установлена особая отвѣтственность въ уставѣ о наказаніяхъ (3).

Въ 3-хъ, постановленія 1 части статьи 9 не могутъ быть примѣнимы къ неосторожному учиненію тѣхъ проступковъ, которые предусмотрѣны не въ уставѣ и не подлежатъ вѣдѣнію мировыхъ судей. Такимъ образомъ, напр., хотя умышленное пролитіе Св. Даровъ составляетъ преступное надругательство надъ святынею (ст. 210 улож.), но пролитіе кѣмъ либо ихъ по неосторожности

---

(1) Подробный разборъ этого вопроса сдѣланъ мною въ курсѣ II, № 255 и сл.; практика сената приведена въ моемъ изданіи устава о наказ., подъ ст. 9.

(2) Это правило окончательно установлено сенатомъ въ рѣшеніяхъ 1869 г., № 323, по дѣлу Мерперта и въ 1870 г., № 717, по дѣлу крестьянъ деревни Голодаевки; прежде и сенатъ колебался относительно этого условія. Ср. мой курсъ, II, № 255, пр. 258.

(3) Ср. рѣшеніе сената 1867 г., № 111, по дѣлу Абидаровой.

не дастъ права мировому судьѣ привлечь виновнаго къ отвѣтственности по 1 части ст. 9; тоже нужно сказать объ истребленіи или поврежденіи по неосторожности публично выставленнаго бюста или портрета государя, о неосторожномъ лишеніи матерью жизни ея новорожденнаго, незаконнорожденнаго ребенка и т. д.

Въ 4-хъ, постановленія 1 части статьи 9 не примѣнимы ко всѣмъ тѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, въ коихъ самая преступность зависитъ только отъ наличности злой воли, отъ умысла, причемъ безразлично, вытекаетъ ли это условіе изъ существа самыхъ нарушеній или изъ прямыхъ указаній закона. Къ сожалѣнію, практика нашего сената игнорировала это условіе, а потому, по отношенію къ нѣкоторымъ преступнымъ дѣяніямъ, сенатъ пришелъ къ выводамъ и противорѣчивымъ, и практически совершенно несостоятельнымъ.

Таковы, напр., разъясненія сената о примѣненіи 1 части статьи 9 къ неосторожнымъ оскорбленіямъ, дающія возможность возбуждать въ уголовномъ порядкѣ преслѣдованіе по поводу всякаго необдуманно сказаннаго выраженія, всякой шутки, за которую обидѣлся не тотъ, по поводу коего она была сдѣлана (1). Еще неудачнѣе попытка сената признать возможность примѣненія ст. 9 къ случаямъ неосторожной растраты, присвоенія, пользованія чужимъ имуществомъ, или кражи; сенатъ, давая такое разъясненіе, не замѣтилъ, что такимъ образомъ онъ допустилъ возможность уголовнаго преслѣдованія всякаго, надѣвшаго чужую шубу или калоши (2).

Что же касается обоихъ пунктовъ 2 части статьи 9, то ихъ примѣненіе не встрѣчаетъ затрудненій. Къ случаямъ, соотвѣт-

---

(1) Ср. примѣры изъ практики сената и основывающейся на ней практикѣ низшихъ судебныхъ мѣстъ, въ особенности въ рѣшеніяхъ по дѣламъ: Горелина (68/139), Воронова (69/82), Минѣева (71/67) и др. Въ то же время, въ рѣшеніяхъ по дѣламъ Стишова (69/856) и Цилюрика (71/978) сенатъ выставилъ другое положеніе, что обиды всегда предполагаютъ наличность намѣренія.

(2) Таковы разъясненія относительно растраты по дѣламъ: Маркова (67/111), ...евлева (69/507), Климашевской (70/707), Щербаковой (71/1710), а относительно кражи — по дѣлу Андреянова (72/1196). Нельзя, впрочемъ, не прибавить, что есть и противоположныя рѣшенія по дѣламъ Мерперта (69/323), Жукова (69/357), а въ особенности позднѣйшія: Федорова (76/43), о пастьбѣ въ Яндошевской рощѣ (76/72).

ствующимъ первому пункту, относятся дѣянія, предусмотрѣнныя ст. 98, 128, 129, а пунктъ 2-й, какъ указываютъ и объясненія составителей, имѣетъ въ виду тѣ формальныя нарушенія, въ которыхъ не придается значенія оттѣнкамъ виновности, а мѣра наказанія опредѣляется преимущественно по объективнымъ условіямъ. Такія обязанности могутъ возникать или изъ общественнаго положенія лица, свойства его занятій, дѣятельности, каковы, напр., случаи отвѣтственности домохозяевъ, владѣльцевъ недвижимости; или же онѣ спеціально налагаются на данное лицо, напр., полиціею въ предѣлахъ ея компетентности; или, наконецъ, онѣ возникаютъ изъ извѣстныхъ дѣйствій лица: такова, напр., обязанность осмотрительной ѣзды, осмотрительнаго выставленія на окна тяжестей и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ неосторожная виновность подводится подъ тѣ же постановленія, какъ и умышленная, и выборъ наказанія по данной статьѣ вполнѣ зависитъ отъ усмотрѣнія судьи.

530. Проектъ уголовнаго уложенія принимаетъ такую постановку вопроса, что преступленія наказываются лишь при наличности вины умышленной, т. е. дѣянія, учиненныя по неосторожности, по проекту, ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть преступленіями и, слѣдовательно, наказываться смертною казнью, каторгою, или поселеніемъ; проступки также по общему правилу предполагаютъ наличность умысла; но могутъ быть, однако, и проступки, въ силу особаго указанія закона представляющіе проявленіе неосторожности, какъ, напр., неосторожное лишеніе жизни, поджогъ; наконецъ, всѣ нарушенія наказываются какъ при наличности умысла, такъ и при неосторожности, если только законъ не сдѣлалъ въ этомъ отношеніи какихъ либо исключеній; тамъ, гдѣ одно общее постановленіе объемлетъ и умышленную, и неосторожную вину, различеніе ихъ по наказуемости будетъ вполнѣ зависѣть отъ усмотрѣнія судьи.

531. Конечно, вина неосторожная, какъ и умыселъ, имѣетъ оттѣнки, виды, причемъ и относительно ея существуетъ нѣсколько попытокъ дѣленія.

Первое и самое главное дѣленіе основывается на двойственности,

границъ, отдѣляющихъ неосторожность отъ вины умышленной. Первымъ видомъ является несознаваемая неосторожность, безпечность (unbewuste culpa, Fahrlässigkeit, faute sans prévoyance, negligentia), а вторымъ, неосторожность сознаваемая, самонадѣянность (bewuszte culpa, Frevelhaftigkeit, faute avec prévoyance, luxuria), когда дѣйствующій сознавалъ, что изъ его дѣянія можетъ произойти правонарушеніе, но сознавалъ это отвлеченно, а не въ примѣненіи къ данымъ конкретнымъ обстоятельствамъ, и не только не желалъ, но и не допускалъ возможности наступленія правонарушенія, надѣясь его избѣгнуть (¹).

Это различіе безпечности и самонадѣянности имѣетъ несомнѣнное значеніе для выясненія понятія элементовъ виновности, но не представляетъ особенно существеннаго значенія для наказуемости, такъ какъ легко себѣ представить случаи безпечности, невнимательности, въ которыхъ заключается бо́льшая опасность и виновность, чѣмъ въ преувеличенной надеждѣ на свою силу и ловкость.

Уложеніе дѣйствующее ничего не говоритъ объ этомъ дѣленіи; но, сопоставляя опредѣленіе неосторожности и умысла, въ особенности непрямаго, нужно придти къ тому выводу, что случаи самонадѣянности должны быть подводимы подъ ст. 110 (²).

Въ проектѣ это различіе двухъ видовъ неосторожности внесено въ самый текстъ. По поводу преступной самонадѣянности, примыкающей, по ея опредѣленію, къ умыслу непрямому, въ объяснительной запискѣ указано: «этотъ видъ неосторожности можетъ имѣть значеніе только при тѣхъ содѣяніяхъ или бездѣйствіи, для преступности коихъ требуется наличность извѣстнаго послѣдствія; тамъ же, гдѣ воспрещается самое содѣяніе или бездѣйствіе, практически возможны только или прямое желаніе ихъ учиненія, или непредвидѣніе ихъ наступленія. Границы между непрямымъ умысломъ и самонадѣянностью, конечно, могутъ быть устанавливаемы судомъ, по обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго случая; но для признанія наличности перваго необходимо, чтобы виновный допускалъ, что преступное послѣдствіе произойдетъ, и безраз-

(¹) Исторія этого дѣленія подробно изложена у Кестлина, стр. 184; Haus, №№ 309 и 310. Ср. Wächter, deutsches Strafrecht, стр. 162.

(²) Ср. доказательства въ моемъ курсѣ, II, № 249, а также и въ статьѣ И. Фойницкаго, въ судебн. вѣстн. за 1870 г., № 51.

лично относился къ этому, а для второй, чтобы виновный полагалъ, что наступленіе послѣдствія будетъ устранено его собственною дѣятельностью или какими либо иными, благопріятными для сего условіями».

532. Другое дѣленіе, нѣкогда господствовавшее въ доктринѣ, а отчасти и въ кодексахъ, основывается на степени небрежности и легкомыслія. Мѣра неблагоразумія, проявленная, при одинаковыхъ условіяхъ, человѣкомъ опытнымъ, спеціалистомъ, или же новичкомъ, лицомъ увлекающимся будетъ неодинакова; неблагоразуміе человѣка, пустившаго лошадь въ карьеръ по многолюдной улицѣ, въ разгаръ движенія, и лица, проскакавшаго по улицѣ сравнительно пустынной, будетъ весьма различно. Такихъ оттѣнковъ проявленнаго неблагоразумія можетъ быть весьма много, такъ какъ степень неблагоразумія видоизмѣняется не качественно, а количественно, а потому и степеней неосторожности можетъ быть и три, и четыре, и болѣе: culpa lata, latior, latissima, levis, levior, levissima (¹). Но этотъ признакъ дѣленія представляется крайне шаткимъ, такъ какъ степень неблагоразумія можетъ быть установлена только путемъ сравненія двухъ или нѣсколькихъ фактовъ. Оттого мы и видимъ, что писатели, защищавшіе это дѣленіе, не были въ состояніи дать опредѣленіе каждаго вида въ отдѣльности, а въ примѣрахъ, приводимыхъ ими, оказывалось полное разногласіе, такъ что то, чтó у одного приводилось какъ примѣръ culpa levis, у другаго считалось за culpa levissima и т. п.

Поэтому современная доктрина и кодексы отказались отъ этого дѣленія, предоставивъ вполнѣ оцѣнку степени небрежности судьѣ, въ общихъ предѣлахъ наказуемости неосторожности (²).

(¹) Ср. мой курсъ, II, № 245, пр. 238. Баварское уложеніе 1813 г. дѣлило неосторожность на тяжкую и легкую; въ первой различало 7, а во второй 4 вида; Carrara въ своей программѣ, § 88, такъ обосновываетъ тройственное дѣленіе неосторожности: тяжкая, когда преступное послѣдствіе могъ предвидѣть всякій; легкая, когда его могъ предвидѣть человѣкъ внимательный, и легчайшая, когда могъ предвидѣть только человѣкъ съ чрезвычайными способностями; послѣдній случай онъ признаетъ ненаказуемымъ.

(²) Въ этомъ отношеніи не можетъ служить подкрѣпленіемъ дѣленіе неосторожности въ гражданскомъ правѣ на culpa lata и levis, такъ какъ оно покоится на совершенно иныхъ основаніяхъ. Ср. курсъ, II, пр. 239.

533. Третье дѣленіе неосторожной виновности основывается на юридической характеристикѣ дѣяній, ее вызвавшихъ, причемъ и въ этомъ отношеніи различаютъ два оттѣнка:

Во 1-хъ, различаютъ неосторожность, бывшую послѣдствіемъ дѣяній дозволенныхъ или запрещенныхъ, и, притомъ, въ послѣднемъ случаѣ, или нарушеній или тяжкихъ преступленій (1). Этому дѣленію, конечно, нельзя отказать въ опредѣленности, но за то оно представляется совершенно неосновательнымъ, особенно если ставить его въ соотношеніе съ наказуемостью или съ размѣрами наказуемости неосторожности. Оно покоится на томъ предположеніи, что человѣкъ, совершающій что либо недозволенное, долженъ относиться сравнительно съ бóльшею внимательностью и осторожностью къ своей дѣятельности; но самое это предположеніе ни на чемъ не основано и противорѣчитъ жизненному опыту. Вмѣстѣ съ тѣмъ, усвоеніе этого взгляда легко можетъ привести къ презумпціи виновности, какъ это мы и видимъ, напр., въ нашемъ уложеніи, въ ученіи о тѣлесныхъ поврежденіяхъ.

Во 2-хъ, различаютъ неосторожность по общественному и государственному положенію виновнаго. Такъ выдѣляютъ, какъ квалифицированный видъ неосторожной вины, тѣ случаи, когда лицо, по своему государственному или общественному положенію, должно было дѣйствовать съ особенною осмотрительностью: таковы случаи усиленія отвѣтственности за небрежность машиниста, архитектора, врача (2). На этомъ же началѣ основывается выдѣленіе, какъ привилегированной формы неосторожности, тѣхъ случаевъ, когда она была послѣдствіемъ дѣйствія лицъ, исполнявшихъ свои обязанности и только перешедшихъ предѣлы этихъ обязанностей,

---

(1) А. Кистяковскій различаетъ: неосторожность, бывшую послѣдствіемъ дозволенныхъ, опасныхъ и преступныхъ дѣяній; онъ придаетъ этому дѣленію существенное значеніе, основываясь, главнымъ образомъ, на оставленномъ имъ, впрочемъ, безъ всякихъ доказательствъ положеніи, что преступное дѣяніе никогда не можетъ имѣть случайныхъ послѣдствій.

(2) Такъ, германское уложеніе (§§ 222, 230 Abs 2) усиливаетъ отвѣтственность за неосторожность, если дѣйствующій былъ обязанъ къ особой внимательности въ силу своего положенія (Amtes, Berufes oder Gewerbes). О спеціальномъ случаѣ отвѣтственности врачей ср. мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни, I, № 34.

напр., причиненіе вреда при переступленіи предѣловъ дисциплинарной власти.

534. Уложеніе наше пытается соединить оба основанія, а потому его система и отличается полнѣйшею запутанностью.

Редакторы уложенія, какъ видно изъ объясненій къ ст. 7 проекта, предполагали различать два вида неосторожности: болѣе тяжкую неосторожность, когда дѣяніе, коего было послѣдствіемъ преступленіе, само по себѣ противозаконно, или когда учинившій, по званію своему или обстоятельствамъ, былъ обязанъ дѣйствовать осмотрительнѣе, и менѣе тяжкую, когда дѣяніе было непротивозаконное или когда виновный увлекся излишнею въ исполненіи обязанностей ревностью. Но въ текстѣ закона оказалось тройное дѣленіе неосторожности, а именно (ст. 110), различеніе вины тяжкой, средней и легкой: 1) тяжкая, когда виновный долженъ былъ дѣйствовать съ особою осмотрительностью или по званію своему, или по обстоятельствамъ, при которыхъ онъ дѣйствовалъ; 2) легкая неосторожность: а) когда дѣяніе было, по существу своему, непротивозаконное, а вредныя онаго послѣдствія не могли быть легко предвидимы, и б) когда виновный увлекся излишнею при исполненіи обязанностей ревностью; 3) средняя неосторожность, хотя прямо въ законѣ не указанная, но вытекающая изъ сопоставленія понятій о тяжкой и легкой неосторожности, когда неосторожность была послѣдствіемъ: а) дѣянія противозаконнаго, безотносительно къ тому, были ли послѣдствія трудно или легко предвидимы, или б) дѣянія непротивозаконнаго, если его послѣдствія были трудно предвидимы. Впрочемъ, всѣ эти различные типы имѣютъ только характеръ примѣровъ, такъ какъ ст. 110 не содержитъ никакихъ опредѣленныхъ указаній относительно вліянія всѣхъ этихъ оттѣнковъ на степень отвѣтственности.

Только въ видѣ исключенія, по послѣдней части ст. 110, за неосторожность, отъ коей нельзя было ожидать и предполагать вредныхъ послѣдствій, дѣлается внушеніе. Сверхъ сего, совершенно особое дѣленіе неосторожной вины содержится въ особенной части, напр., при убійствѣ (ст. 1459, 1466, 1468), при поврежденіи здоровья (ст. 1494, ст. 128 уст. о наказ.); а законъ 25 Января 1878 г. о желѣзнодорожныхъ поврежденіяхъ разли-

частъ неосторожность простую и явную, предоставляя установленіе границъ между ними суду, рѣшающему дѣло по существу.

Проектъ уголовнаго уложенія это различіе въ виду его практической непригодности не принимаетъ.

535. *Смѣшанная виновность.* Простѣйшею формою преступныхъ дѣяній будетъ та, въ коей содѣянное является воплощеніемъ какого либо единичнаго типа виновности—умысла или неосторожности; но въ жизни мы встрѣчаемся и съ осложненными типами, когда преступное событіе является воплощеніемъ двухъ или болѣе умысловъ, двухъ или болѣе неосторожностей (изнасилованіе женщины, приведенной въ обморочное состояніе побоями насилующаго, учиненіе по неосторожности пожара дома, въ коемъ сгорѣло нѣсколько человѣкъ), или же умысла и неосторожности. Послѣдніе случаи, представляющіе нѣсколько оттѣнковъ, даютъ содержаніе ученію о такъ называемой смѣшанной виновности.

Смѣшанная виновность можетъ возникнуть, прежде всего, при учиненіи двухъ самостоятельныхъ поступковъ, связанныхъ между собою тѣмъ, что возникновеніе одного обусловливается предшествовавшимъ бытіемъ другаго, какъ, напр., неосторожный поджогъ дома ночнымъ воромъ, причемъ иногда возможенъ и обратный порядокъ виновности, какъ, напр., ограбленіе лица, лишеннаго по неосторожности жизни.

Далѣе, такая смѣшанная виновность возможна при распространеніи послѣдствій преступнаго дѣянія на бо́льшее, чѣмъ предполагалось, число объектовъ, напр., умышленное убійство кого либо, повлекшее, неожиданно для убійцы, смерть третьяго лица.

Третью категорію составитъ развитіе преступныхъ послѣдствій далѣе предположеній виновнаго, если только эти послѣдствія не были предвидѣны и допускаемы виновнымъ, т. е. не входили въ понятіе непрямаго умысла: таково, напр., нанесеніе легкихъ тѣлесныхъ поврежденій, развившихся въ тяжкое тѣлесное страданіе.

Простѣйшимъ рѣшеніемъ вопроса было бы признаніе въ этихъ случахъ совокупности умышленной и неосторожной вины; но трудность разграниченія такихъ осложненныхъ дѣяній, въ особенности третьяго типа, отъ дѣйствительно существующаго, хотя и не доказаннаго умысла на одно важнѣйшее преступное дѣяніе, побуж-

даетъ иногда законодательства прибѣгать къ созданію изъ нихъ особыхъ квалифицированныхъ видовъ преступныхъ дѣяній, а въ доктринѣ даже вызывали ученіе объ особомъ видѣ виновности; таково, напр., было извѣстное ученіе Фейербаха о culpa dolo determinata, относимой имъ къ тягчайшимъ случаямъ неосторожности, впрочемъ позднѣе и самъ Фейербахъ отказался отъ этого построенія, примѣняя и въ этихъ случаяхъ правила объ идеальной совокупности (¹).

Въ нашемъ уложеніи къ случаямъ этого рода относится указанная выше ст. 109, которая, благодаря своей редакціи, можетъ быть примѣняема и къ непрямому умыслу, и къ смѣшанной виновности; уложеніе установляетъ отвѣтственность по правиламъ о совокупности, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда въ законѣ полагается за это особое, болѣе строгое наказаніе; къ числу послѣднихъ относится, напр., причиненіе вреда здоровью, окончившееся смертью, причиненіе смерти при изнасилованіи, при лишеніи свободы и т. д.

536. Къ смѣшанной виновности относятся и случаи выполненія дѣянія не надъ предполагаемымъ объектомъ, распадающіеся на двѣ группы по причинамъ этой невѣрности выполненія, а именно: измѣненіе направленія дѣйствія по причинамъ физическимъ, въ силу ошибочности дѣйствія (aberratio delicti seu aberratio ictus), и измѣненіе направленія дѣйствія по причинамъ психическимъ, по ошибкѣ въ объектѣ (error in objecto) (²). Всего чаще, конечно, случаи этого рода встрѣчаются въ личныхъ преступленіяхъ, въ особенности при посягательствахъ на жизнь, почему и все ученіе прежде разсматривалось при изложеніи ученія объ убійствѣ; но

(¹) Ср. Geib, II, стр. 268; Osenbrüggen, Abhandlungen, стр. 180—190; Köstlin, System, стр. 204 и сл. Спасовичъ, стр. 161, называетъ ее culpa dolo admixta, а комментаторъ Фейербаха, Морштадтъ говоритъ, что это «умыселъ чреватый неосторожностью».

(²) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 261, прим. 275, а также вышеприведенную литературу о невѣдѣніи и заблужденіи. Изъ спеціальныхъ монографій можно указать: Geib, über den Einfluss des Irrthums in Bezug auf das Object im Strafrechte, въ архивѣ за 1837 г., стр. 561—586 и 1838 г., стр. 36—61; Pfotenhauer, der Einfluss des Irrthums und der sogenanten Verirrung auf die Strafbarkeit vollendeter Verbrechen, 1839 г.; въ дополненіе къ этому изслѣдованію его же статья въ Gerichtssaal'ѣ за 1861 г., стр. 253—297; Gessler, zur Lehre von den Aberrationsfällen въ Gerichtssaal за 1863 г.

несомнѣнно, что подобныя же комбинаціи могутъ встрѣчаться и при другихъ преступныхъ дѣяніяхъ, въ особенности при имущественныхъ посягательствахъ.

Прежняя доктрина разсматривала оба вида такой ошибки совмѣстно, прилагая къ обоимъ одинъ и тотъ же масштабъ; такая постановка находитъ и нынѣ отдѣльныхъ защитниковъ между криминалистами, какъ, напр., въ Германіи—Бури, Листъ, но такое рѣшеніе вопроса едва ли правильно, какъ можно видѣть изъ дальнѣйшаго подробнаго разбора этихъ случаевъ.

537. При отклоненіи физическомъ мы предполагаемъ наличность слѣдующихъ условій: виновный составилъ преступный умыселъ и приводитъ его въ исполненіе; но въ моментъ осуществленія, по причинамъ, внѣ воли виновнаго лежащимъ, вредъ причиняется не предполагаемому, а какому либо иному правоохраненному объекту: стрѣлявшій въ жертву поскользнулся и пуля отлетѣла въ сторону, попала въ третье лицо; ружье въ моментъ выстрѣла разорвало и, благодаря этому, былъ убитъ человѣкъ, стоявшій рядомъ съ стрѣлявшимъ; въ тотъ моментъ, когда отравитель подалъ отравленный кофе жертвѣ, третье лицо, не подозрѣвая отравы, взяло чашку и выпило содержимое, или эту чашку передала ему сама жертва и т. д. При этомъ вредъ, причиненный этому, не предполагаемому объекту, можетъ быть тождественъ съ вредомъ умышленнымъ—смерть за смерть, или можетъ различаться отъ него количественно—увѣчье вмѣсто смерти, или даже качественно—пожаръ вмѣсто убійства. Во всѣхъ этихъ случаяхъ выполненное не соотвѣтствуетъ предполагаемому, но въ то же время здѣсь нѣтъ ни заблужденія, ни невѣдѣнія, а существуетъ отклоненіе дѣйствія по обстоятельствамъ, внѣ воли виновнаго лежащимъ (1).

538. Какъ же разрѣшаются случаи этого рода? На это мы находимъ два отвѣта. Одни разсматриваютъ все дѣяніе какъ единое цѣлое, основываясь на томъ, что мы имѣемъ всѣ элементы преступнаго дѣянія: преступную волю, и причиненный вредъ; замѣна же при этомъ одного объекта другимъ, также правоохраненнымъ, не можетъ имѣть значенія. Такое рѣшеніе давали

(1) См. практическіе примѣры въ архивѣ Гольтдаммера, I, стр. 707; III, стр. 105.

криминалисты XVII и XVIII вѣка; оно находитъ много защитниковъ и нынѣ [1].

Но подкупающая простота этого взгляда не замѣняетъ цѣлаго ряда практическихъ затрудненій, вызываемыхъ такою постановкою. Виновный отвѣчаетъ какъ за единое преступное дѣяніе, но за какое: за учиненное или за задуманное? Хорошо, если они окажутся совершенно тождественны по составу, но какъ быть, если они различаются другъ отъ друга и, притомъ, въ существенныхъ моментахъ? Если мы будемъ вмѣнять содѣянное, то мы будемъ вмѣнять въ умыселъ такіе моменты учиненнаго, которые не были и не могли быть даже предполагаемы виновнымъ: сынъ, по уговору съ отцомъ, стрѣлялъ въ семейнаго врага, ружье разорвало и убило стоящаго близь стрѣлявшаго его отца; будемъ ли мы обвинять стрѣлявшаго въ умышленномъ отцеубійствѣ?

Еще болѣе затрудненій представитъ противоположная постановка вопроса: виновный стрѣлялъ въ своего отца, но поскользнулся и пуля убила посторонняго человѣка; будетъ ли виновный отвѣчать за оконченное отцеубійство, хотя самъ же, напр., отецъ присутствуетъ на судѣ въ качествѣ свидѣтеля, и какъ быть, если отклонившаяся пуля попала въ чужую корову или собаку? Далѣе, представимъ себѣ, что кто нибудь бросалъ какую либо вещь въ другаго, тотъ успѣлъ уклониться и брошенный предметъ попалъ въ другое лицо, можетъ быть въ жену или сына бросившаго; будемъ ли мы, тѣмъ не менѣе, признавать бросившаго виновнымъ въ нанесеніи удара или въ насиліи по отношенію къ первому, а не ко второму объекту, и только за первымъ признаемъ право частной жалобы?

539. Другіе разсматриваютъ учиненное и задуманное отдѣльно, по отношенію къ объекту предполагаемому и къ объекту пострадавшему [2].

---

(1) Такую теорію защищаетъ: Pfotenhauer, Henke, Schaper въ учебникѣ Гольцендорфа, Köstlin, стр. 198, хотя онъ не проводитъ своего взгляда послѣдовательно; Wächter, Vorlesungen, стр. 237; Buri, Kausalität; изъ нашихъ криминалистовъ, повидимому, Кистяковскій, § 193; иначе въ § 195.

(2) Такое воззрѣніе защищаютъ: Geib, въ архивѣ, стр. 45; Heffter, Geyer, Gessler, Hälschner, Häberlin, Bar, Bruck, Berner, § 69; H. Meyer, § 26; изъ нашихъ криминалистовъ—Будзинскій, начала, № 124; Неклюдовъ.

По отношенію къ первому, виновный не только составилъ преступный планъ, запасся необходимыми средствами, поставилъ себя въ такое положеніе, при которомъ явилось возможнымъ осуществленіе задуманнаго, но и началъ осуществлять свой умыселъ—выстрѣлилъ, подалъ ядъ и т. д.; если зло и не воспослѣдовало, то лишь по обстоятельствамъ, отъ воли виновнаго не зависѣвшимъ; поэтому его дѣяніе вполнѣ подходитъ подъ понятіе оконченнаго покушенія.

Сложнѣе является вопросъ по отношенію къ дѣйствительно пострадавшему. Съ объективной стороны, наступившій вредъ находится несомнѣнно въ связи съ дѣйствіями виновнаго лица, а потому учиненное есть оконченное преступное дѣяніе; но со стороны субъективной, въ такихъ случаяхъ можетъ быть нѣсколько оттѣнковъ. Вредъ, дѣйствительно наступившій, входилъ въ первоначальный умыселъ, когда отъ задуманнаго дѣянія должно было, напр., пострадать послѣдовательно нѣсколько правоохраненныхъ интересовъ, или когда виновный не только предвидѣлъ возможность отклоненія и причиненія вреда другому, но и допускалъ этотъ вредъ, безразлично къ нему относился; тогда учиненное будетъ умышленнымъ преступнымъ дѣяніемъ. Или виновный, предвидя возможность отклоненія преступнаго удара, въ данномъ случаѣ предполагалъ устранить это послѣдствіе, или же онъ и вовсе не предвидѣлъ этой опасности, хотя могъ и долженъ былъ предвидѣть; тогда учиненное вмѣняется въ вину неосторожную. Наконецъ, если, по обстоятельствамъ дѣла, виновный не только не предвидѣлъ случившагося, но и не могъ предвидѣть, то совершившееся будетъ случайнымъ и не вмѣняемымъ въ вину событіемъ.

Такимъ образомъ, по этому, наиболѣе правильному мнѣнію, разсматриваемые случаи сводятся къ понятію совокупности оконченнаго покушенія на умышленное дѣяніе и умышленнаго, неосторожнаго или случайнаго причиненія вреда дѣйствительно пострадавшему. При этомъ каждое изъ этихъ дѣяній должно разсматриваться и наказываться, какъ самостоятельное юридическое дѣяніе, со всѣми присущими ему моментами.

540. Иную конструкцію представляетъ ошибка въ объектѣ. Виновный задумалъ преступное дѣяніе и выполняетъ задуманное

согласно предположеніямъ, но въ моментъ дѣйствія, ошибочно принимая за предполагаемый объектъ другой: виновный задумалъ убить кого либо, поджидаетъ его въ засадѣ, стрѣляетъ въ него, но оказывается, что онъ принялъ за него другаго, убилъ своего друга, родственника; или должникъ выхватилъ изъ рукъ кредитора вексель и изорвалъ его, думая, что уничтожаетъ свой долговой документъ; а оказалось, что онъ уничтожилъ чужой вексель, или даже какую либо, не имѣющую юридически никакого значенія бумагу. Выполненное не соотвѣтствуетъ предположенному и притомъ въ силу заблужденія относительно фактическихъ условій дѣятельности, а именно, относительно объекта.

541. Какъ же рѣшаются подобные случаи? И въ этомъ отношеніи мы встрѣчаемъ тѣ же двѣ попытки, какъ и относительно aberratio delicti.

Такъ, можно разсматривать эти случаи, какъ единое преступное дѣяніе, и притомъ, именно какъ первоначально задуманное. Но это мнѣніе, несмотря на большое число защитниковъ (1), вызываетъ тѣ же возраженія, какія были приведены выше относительно aberratio, или же придется сдѣлать такъ много отступленій, что они расшатаютъ общее правило: виновный предположилъ изнасиловать близкую родственницу, но ошибся въ объектѣ и изнасиловалъ постороннюю; можемъ ли мы тѣмъ не менѣе наказать его какъ за изнасилованіе, соединенное съ кровосмѣшеніемъ?

Несравненно проще становится вопросъ, если мы и здѣсь будемъ разсматривать дѣяніе отдѣльно по отношенію къ каждому объекту.

По отношенію къ тому объекту, противъ коего задумано преступное дѣяніе, со стороны виновнаго былъ составленъ преступный умыселъ, быть можетъ были сдѣланы приготовленія; но самаго посягательства не состоялось, такъ какъ преступная воля осуществлялась по отношенію къ другому объекту, такъ что съ точки

(1) За это мнѣніе высказываются всѣ тѣ писатели, которые защищаютъ подобное же воззрѣніе и при aberratio, а сверхъ того и нѣкоторые изъ сторонниковъ примѣненія къ aberratio правилъ о совокупности, какъ Бернеръ, Гельшнеръ, Гесслеръ, Г. Мейеръ, Брукъ.

зрѣнія перваго объекта въ данномъ дѣяніи существуетъ обнаруженіе умысла, приготовленіе, но не болѣе.

По отношенію ко второму объекту, не только существуетъ причинная связь дѣйствія и вреда, объективная виновность, но и виновность субъективная; то, что совершилось, нельзя назвать ни случайнымъ, ни даже неосторожнымъ, такъ какъ виновный сознательно и волимо направлялъ свои дѣйствія на тотъ объектъ, который и пострадалъ отъ этого; онъ сознательно направилъ смертельный ударъ на человѣка, который и оказался убитымъ; поэтому его дѣйствіе по отношенію ко второму объекту заключаетъ въ себѣ всѣ элементы прямаго умысла.

Противъ этого обыкновенно возражаютъ, что однако виновный не желалъ убить данное лицо, или истребить данную вещь, что въ его сознаніи сравнительно съ дѣйствительностью заключается несомнѣнная ошибка; но эта ошибка и должна быть принята во вниманіе, на сколько она относится къ обстоятельствамъ, опредѣляющимъ преступность или квалификацію дѣянія. Такимъ образомъ, если кто нибудь думалъ истребить свою вещь, но, по ошибкѣ, взялъ и истребилъ, вмѣсто своей, чужую вещь, то онъ умышленно совершилъ истребленіе своей вещи, но не учинилъ преступнаго дѣянія.

Иначе ставится вопросъ, когда не только самый первоначальный умыселъ предполагается преступнымъ, но и его выполненіе, хотя онъ и является не соотвѣтствующимъ первоначальному замыслу, однако не теряетъ характера умышленнаго дѣянія. Виновный задумалъ убить лицо А., а вмѣсто него убилъ лицо Б.; его ошибка съ объективной стороны относится къ такимъ индивидуальнымъ признакамъ объекта—имя, возрастъ, общественное положеніе лица, которые при убійствѣ, какъ при посягательствѣ на жизнь всякаго лица, никакого значенія не имѣютъ; со стороны же субъективной, его ошибка относится къ мотивамъ дѣйствія, которые, опять таки, при родовомъ понятіи убійства, не играютъ никакой роли. Другое дѣло, если, благодаря замѣнѣ объекта, учиненное перейдетъ въ другую категорію преступныхъ дѣяній, тогда содѣянное, оставаясь умышленнымъ, становится иначе преступнымъ. Если виновный по ошибкѣ принялъ за свою жертву не другое лицо, а корову или статую, то онъ отвѣчаетъ не за умы-

шленное убійство, а за умышленное поврежденіе чужаго имущества; если же эта корова или статуя была его собственность, то учиненное имъ истребленіе вещи, какъ замѣчено выше, будетъ совершенно не преступнымъ дѣяніемъ.

Такимъ образомъ и при ошибкѣ въ объектѣ мы имѣемъ дѣло съ совокупностью обнаруженія умысла или приготовленія по отношенію къ первому объекту и оконченнаго дѣянія по отношенію ко второму [1], причемъ каждое дѣяніе обсуждается юридически самостоятельно, съ примѣненіемъ къ нимъ общихъ положеній объ отвѣтственности за вину умышленную и неосторожную. Эта необходимость отдѣльнаго разсмотрѣнія задуманнаго и выполненнаго получаетъ особенное значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда, благодаря ошибкѣ въ объектѣ, возбуждается вопросъ объ измѣненіи подсудности, условій возбужденія уголовнаго дѣла, или самой преступности учиненнаго. Если примѣнять въ подобныхъ случаяхъ противоположную доктрину, т. е. признать, что виновный, несмотря на ошибку, наказывается какъ за осуществленіе того, что онъ предполагалъ учинить, то мы придемъ несомнѣнно къ абсурднымъ выводамъ.

542. Дѣйствующіе западно-европейскіе кодексы не упоминаютъ о случаяхъ этого рода, но въ судебной практикѣ они рѣшаются весьма различно [2].

Въ нашемъ правѣ спеціальныя постановленія объ ошибкѣ появились только съ изданіемъ уложенія 1845 г. и вошли въ статью 1456, которая постановляетъ: «кто, имѣя намѣреніе

---

(1) Ср. Schütze, § 42; Geib, Lehrbuch, 97, иначе въ архивѣ, стр. 56 и сл.; практическій случай, подавшій поводъ къ подробному обслѣдованію этого вопроса— дѣло Розы и Розаля, см. Böhlau, der Criminalprocess Rose und Rosahl, 1859 г. Указанія на литературу, вызванную этимъ процессомъ, въ моемъ курсѣ, II, № 267, прим. 297.

(2) Ср. указанія въ моемъ курсѣ, II, № 267; французскій кассаціонный судъ соединяетъ въ одно цѣлое случаи aberratio и error и ставитъ такую формулу: всякій считается виновнымъ въ умышленномъ убійствѣ, если, возымѣвъ намѣреніе лишить кого нибудь жизни и дѣйствуя ради этого намѣренія, лишитъ жизни другое лицо. Германская практика высшихъ судебныхъ мѣстъ признавала систему, сходную съ изложенною въ текстѣ.

нанести кому либо смерть, вмѣсто сего лица, по ошибкѣ или иному случаю, лишитъ жизни другаго, тотъ подвергается тому же наказанію, какому онъ долженствовалъ бы подвергнуться, если бы умертвилъ того, на жизнь коего онъ имѣлъ умыселъ». Хотя это постановленіе и помѣщено въ раздѣлѣ объ убійствѣ, но такъ какъ оно не содержитъ какого либо особаго запрета, а разрѣшаетъ вопросъ, касающійся общаго состава преступнаго дѣянія, то, согласно ст. 12 и 13 уст. угол. суд., тѣ же основанія должны служить для разрѣшенія аналогичныхъ случаевъ и при другихъ преступныхъ дѣяніяхъ. По существу же вопроса, статья 1456 не различаетъ случаевъ aberratio и error, подводя ихъ подъ одну общую рубрику, а затѣмъ принимаетъ систему, доказательства полной практической несостоятельности которой были указаны выше ([1]).

Этою несостоятельностью системы, усвоенной статьею 1456, объясняется то, что сенатъ, въ своемъ подробно и обстоятельно мотивированномъ рѣшеніи 1874 г., № 49, по дѣлу Пономарева, усвоилъ по этому вопросу совершенно иную систему. Пономаревъ обвинялся въ томъ, что, желая уничтожить свой вексель, онъ вырвалъ изъ рукъ Бѣлоусова вексель и разорвалъ его, полагая, что онъ уничтожаетъ свой долговой документъ, между тѣмъ какъ оказалось, что онъ истребилъ чужой вексель, а именно—нѣкоего Фивейскаго. Спорный вопросъ заключался въ томъ, подходитъ ли данное дѣяніе подъ истребленіе собственнаго векселя (согласно съ умышленнымъ) или подъ истребленіе чужаго документа (согласно съ выполненнымъ). Сенатъ, по разсмотрѣніи кассаціонной жалобы Пономарева, нашелъ, между прочимъ, что правило, выраженное въ ст. 1456, не можетъ быть распространяемо на другія преступныя дѣянія, кромѣ убійства, такъ какъ оно противорѣчитъ духу нашего законодательства, по которому умыселъ не осуществившійся наказывается только въ прямо опредѣленныхъ случаяхъ; что, согласно постановленіямъ статей 10 и 109 уложенія, учиненное по отношенію къ объекту, надъ которымъ было задумано преступленіе, не можетъ считаться покушеніемъ, такъ какъ объектъ, на который направлялся умыселъ, могъ быть далеко отъ мѣста преступленія и

([1]) Ср. разборъ этихъ постановленій въ моемъ курсѣ, II, № 268 и сл.

никакой опасности не подвергался, такъ что между объектомъ и дѣяніемъ не существовало иной связи, кромѣ преступнаго умысла. По отношенію же къ тому объекту, надъ которымъ выполнено преступленіе, дѣяніе должно разсматриваться какъ самостоятельное преступленіе, сообразно съ условіями его совершенія; поэтому въ данномъ случаѣ виновный долженъ быть наказанъ, какъ за истребленіе чужаго векселя. Если же бы оказалось, что виновный изорвалъ, вмѣсто своего векселя, какой либо клочекъ бумаги, не имѣющій никакого значенія, то его поступокъ былъ бы вовсе не наказуемъ, такъ какъ, по духу нашего закона, дѣяніе, совершенное надъ негоднымъ объектомъ, не можетъ быть наказуемо ни какъ оконченное преступленіе, ни какъ покушеніе на него.

ОТДѢЛЪ II.

Преступная дѣятельность.

I.

Условія преступной дѣятельности.

581. Дальнѣйшая дѣятельность самого виновнаго, какъ присоединяющаяся сила.

582. Нѣкоторые особые случаи этого рода. Ученіе объ общемъ умыслѣ.

543. *Типы преступной дѣятельности.* Разсматривая внѣшній обликъ преступныхъ дѣяній, какъ проявленіе виновности, какъ юридическое дѣйствіе, мы, несмотря на все ихъ разнообразіе, можемъ подмѣтить нѣсколько типовъ, существенно различныхъ по ихъ юридической структурѣ, такъ что ихъ необходимо отмѣтить при общемъ анализѣ преступной дѣятельности.

Таково, прежде всего, различіе преступнаго содѣянія и бездѣйствія, различіе, считавшееся прежде столь существеннымъ, что, напр., партикулярные нѣмецкіе кодексы, баденскій, вюртембергскій, брауншвейгскій, саксонскій, а равно и кодексъ австрійскій вносили опредѣленіе этихъ типовъ въ самый законъ и только новые кодексы, по примѣру французскаго, сохраняя это различіе по существу, не даютъ опредѣленія этихъ понятій въ законѣ (¹).

Наше дѣйствующее уложеніе, наоборотъ, сохранило въ законѣ это различіе, не давая, впрочемъ, этимъ типамъ никакого техническаго наименованія. Такъ, статья 1-я говоритъ: «преступленіемъ или проступкомъ признается какъ самое противозаконное дѣяніе, такъ и неисполненіе того, что подъ страхомъ наказанія предписано».

Проектъ уголовнаго уложенія не знаетъ этого дѣленія и въ своемъ общемъ опредѣленіи преступнаго дѣянія, въ ст. 1-й, говоритъ только о дѣяніяхъ, но, какъ видно изъ самой конструкціи статьи и изъ другихъ постановленій перваго раздѣла, объемля словомъ «дѣяніе» и содѣянія, и бездѣйствіе. Въ этомъ смыслѣ и объяснительная записка говоритъ, что слово «дѣяніе» употреблено въ проектѣ для означенія какъ содѣяній, т. е. совершенія поступковъ, нарушающихъ прямыя запрещенія закона, такъ и

(¹) Такъ, германскій кодексъ употребляетъ слово «Handlung» для обозначенія обоихъ типовъ. Ср. Schwarze, Kommentar, Excurs VII, Handlungen und Unterlassungen; Binding, Normen, I, § 6, Handlungsnormen und Unterlassungsnormen. Для французскаго права,—Ortolan, Éléments, №№ 597—608.

бездѣйствія или упущенія, т. е. неисполненія требованій закона» (1).

544. Въ чемъ же заключается сущность различія этихъ типовъ? Отвѣтъ на это мы получаемъ различный. Прежде всего, его основанія можно искать исключительно въ формѣ дѣятельности (2): содѣяніе предполагаетъ, что виновный совершаетъ нѣчто,—наноситъ ударъ, беретъ вещь, проявляетъ себя активно, а бездѣйствіе,—что виновный не дѣлаетъ чего либо, не является въ судъ, не запираетъ изгороди и т. д. Но такой признакъ, подходящій къ значительному числу случаевъ, тѣмъ не менѣе, не охватываетъ всѣхъ, а потому оказывается невѣрнымъ: убійство есть несомнѣнно содѣяніе, а между тѣмъ, убійцею можетъ быть и сторожъ, не дававшій пищи арестанту и умертвившій его голодомъ; точно также виновникомъ крушенія поѣзда можетъ быть стрѣлочникъ, не переведшій во-время стрѣлки; съ другой стороны, неявка на судъ свидѣтелемъ есть несомнѣнно бездѣйствіе, а между тѣмъ виновнымъ въ неявкѣ будетъ не только тотъ, кто проспалъ время явки, но и тотъ, кто въ этотъ день уѣхалъ по желѣзной дорогѣ, или просто прохаживался около зданія суда.

Также нельзя основываться и на характеристикѣ, данной закономъ уголовному дѣянію въ диспозитивной части; такъ какъ въ подобномъ случаѣ отнесеніе даннаго посягательства къ той или другой группѣ будетъ зависѣть отъ произвола законодателя, или даже отъ его умѣнья, отъ выработки законодательной техники. Если законъ, установляя отвѣтственность за присвоеніе чужой вещи, конструируетъ опредѣлительную часть такимъ образомъ: «кто не возвратитъ находящуюся у него чужую вещь»; а при опредѣленіи растраты выразится такъ: «кто продастъ или заложитъ находящуюся у него чужую вещь», то можемъ ли мы

---

(1) Въ этомъ же широкомъ значеніи употребляется терминъ «преступное дѣяніе» въ моихъ настоящихъ лекціяхъ.

(2) Такое различіе принимали старые криминалисты—Кларусъ, Маттеусъ, Клейнъ, Шпангенбергъ, Генке; оно естественнымъ образомъ приводило къ смѣшенію понятій о бездѣйствіи, какъ особомъ типѣ правонарушеній, и о невмѣшательствѣ, какъ способѣ дѣйствія. Ср. Geib, Lehrbuch, II, § 85; Будзинскій, § 67, въ противорѣчіе съ его собственнымъ опредѣленіемъ бездѣйствія въ § 65.

утверждать, что присвоеніе есть бездѣйствіе, а растрата—содѣяніе? Измѣнится ли существо преступнаго дѣянія, если законодатель измѣнитъ формулу диспозитивной части: «кто повѣситъ патентъ не на видномъ мѣстѣ» въ другую: «кто не повѣситъ патента на видномъ мѣстѣ» (1)?

Такимъ образомъ, различія этихъ типовъ нужно искать глубже, въ самомъ существѣ тѣхъ велѣній права, на которыя посягаетъ виновный, въ существѣ нормы. Если ради охраны частныхъ лицъ, общества или государства, прямо воспрещаетъ каждому гражданину совершать что либо, вредящее правоохраненнымъ интересамъ или подвергающее ихъ опасности, то неисполненіе этого велѣнія, какую бы конструкцію ни придалъ ему законодатель, къ какимъ бы способамъ дѣятельности ни прибѣгъ виновный,—будетъ преступнымъ содѣяніемъ (delictum comissionis); если же законодатель, въ тѣхъ же интересахъ, не ограничиваясь заповѣдью—neminem laedere, требуетъ отъ гражданъ содѣйствія и помощи, требуетъ, напр., содѣйствія правосудію явкою въ судъ, донесеніемъ объ учиненномъ преступномъ дѣяніи, содѣйствія общественному благосостоянію своевременнымъ заявленіемъ о появившейся заразѣ на скотѣ, содѣйствія правильному отбытію воинской повинности своевременною припискою къ призывному участку, то неисполненіе этого велѣнія будетъ преступнымъ бездѣйствіемъ—(delictum ommissionis) (2).

Этою основою различія объясняется и то положеніе, которое занимаютъ обѣ разсматриваемыя группы въ современныхъ законодательствахъ: велѣнія оказывать помощь отдѣльнымъ лицамъ или цѣлому обществу представляются сравнительно весьма малочисленными, относясь по большей части даже не ко всѣмъ гражданамъ, а только къ лицамъ, занимающимъ особое положеніе въ государствѣ, всего чаще къ лицамъ служащимъ.

---

(1) Такое различіе защищалъ въ особенности Luden, въ его Abhandlungen aus dem Strafrechte, признавая, впрочемъ, самое дѣленіе чисто формальнымъ.

(2) Это положеніе подробно было развито Меркелемъ, въ его Kriminalistische Abhandlungen, 1867 г., стр. 77 и сл.; ср. также статью Ortmann, über die Eintheilung der Verbrechen in Begehungs und Unterlassungsverbrechen въ algem Strafrechtszeit, 1873 г., стр. 465—479. Lefort, cours, стр. 66; И. Фойницкій, о мошенничествѣ, стр. 210; мой курсъ, II, № 363 и сл.

545. Далѣе, вредоносное или опасное содѣяніе или бездѣйствіе могутъ являться воспрещенными подъ страхомъ наказанія или сами по себѣ, или только при наличности извѣстныхъ, вызванныхъ этими дѣяніями, послѣдствій, видоизмѣненій въ условіяхъ бытія окружающихъ насъ предметовъ, или въ порядкѣ и условіяхъ совершающихся событій (1). Такъ, храненіе или ношеніе запрещеннаго оружія, неявка свидѣтеля, наказываются, независимо отъ какихъ либо вызванныхъ ими послѣдствій, а истребленіе чужаго имущества огнемъ, умышленное или неосторожное убійство, кража, подлогъ и т. д., предполагаютъ наличность извѣстнаго послѣдствія, все равно, будетъ ли таковымъ вредъ правоохраненному интересу или опасность вреда (2).

Существованіе такой группировки преступныхъ дѣяній объясняется, съ одной стороны, тѣмъ, что проявленіе виновности, не вызвавшее вредоносныхъ или опасныхъ результатовъ, представляется иногда столь шаткимъ, неопредѣленнымъ, что государство не рѣшается обложить его наказаніемъ, а съ другой—еще болѣе важнымъ соображеніемъ, что современное уголовное право

---

(1) Конечно, это положеніе условно, такъ какъ, съ физической точки зрѣнія, можно утверждать, что нѣтъ такого проявленія нашихъ силъ, которое не сопровождалось бы цѣлыми миріадами измѣненій во внѣшнемъ мірѣ: иное представленіе противорѣчило бы самому понятію о дѣятельности въ сферѣ конечныхъ явленій (Будзинскій, № 174, Listz, § 29); но не надо забывать, что право вообще и уголовное право въ частности, говоря о преступномъ дѣйствіи и его послѣдствіяхъ, имѣетъ въ виду только то, что имѣетъ юридическое значеніе. Отъ матеріальнаго послѣдствія, далѣе, необходимо отличать идеальное послѣдствіе—самый фактъ возникновенія преступнаго посягательства. Ср. Н. Meyer, стр. 227.

(2) Французскіе криминалисты, говоря о вредныхъ результатахъ преступныхъ дѣяній, различаютъ вредъ непрямой и прямой. Подъ первымъ они понимаютъ главнымъ образомъ вредъ, причиняемый обществу, подъ послѣднимъ—непосредственно вредные результаты дѣянія. Между непосредственными результатами они, далѣе, различаютъ: результаты матеріальные, напр. при убійствѣ, лишеніи свободы; результаты моральные, напр., при прелюбодѣяніи, многобрачіи, словесныхъ обидахъ, и результаты смѣшанные при изнасилованіи, реальныхъ обидахъ. Ср. Haus, №№ 263—266. Binding, Normen, I, § 7, «drei Arten der Zweckverfolgung durch die Normen, дѣлитъ всѣ нормы, требовательныя и запретительныя, на три категоріи: 1) запрещающія произведеніе извѣстнаго преступнаго результата; 2) запрещающія извѣстныя дѣянія, въ виду заключающейся въ нихъ возможности вызвать опредѣленный преступный результатъ; 3) запрещающія извѣстное дѣяніе въ виду опасности его вообще, безотносительно къ тому или другому отдѣльному результату.

*

наказываетъ не виновность или преступность саму по себѣ, а проявленіе виновности въ дѣяніи, дѣйствительно вредномъ или опасномъ для правоохраненнаго интереса, для чего большею частью необходимо наступленіе извѣстнаго послѣдствія, такъ что ненаступленіе таковаго или вовсе уничтожаетъ наказуемость учиненнаго, какъ, напр., во многихъ случаяхъ неосторожной дѣятельности, или же устраняетъ примѣненіе полной мѣры наказанія, какъ, напр., при наказуемыхъ покушеніяхъ.

Какъ и въ предшествующемъ дѣленіи, отнесеніе преступныхъ дѣяній къ той или другой группѣ стоитъ въ зависимости отъ существа велѣній права; но иногда эта классификація обусловливается тою обрисовкою, которую даетъ извѣстному дѣянію законодатель ([1]). Однако, во всякомъ случаѣ это дѣленіе одинаково относится и къ содѣянію, и къ бездѣйствію, а вмѣстѣ съ тѣмъ не зависитъ отъ того способа дѣйствія, который былъ избранъ виновнымъ.

Дѣйствующее наше уложеніе ничего не говоритъ объ этомъ дѣленіи; также умалчиваетъ о немъ и проектъ; въ объяснительной же запискѣ по этому поводу содержится слѣдующее указаніе: «выраженіе «дѣяніе» будетъ обнимать собою не только непосредственное проявленіе воли преступника, его дѣйствіе, но и его послѣдствія, по сколько они требуются для законнаго состава преступныхъ дѣяній».

546. Наконецъ, наиболѣе важнымъ и въ практическомъ, и въ теоретическомъ отношеніи представляется различіе типовъ простаго и сложнаго преступнаго дѣянія; причемъ, сложнымъ преступное дѣяніе можетъ быть или благодаря особенностямъ тѣхъ нормъ, на бытіе коихъ посягаетъ виновный, или благодаря условіямъ посягательства.

Сложныя преступныя дѣянія первой группы, въ свою очередь, представляютъ нѣсколько оттѣнковъ. Дѣяніе можетъ заключать въ себѣ одновременно посягательство на нѣсколько нормъ, образую-

([1]) Напр., въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ ставитъ на первый планъ дѣятельность, а не ея результатъ, только благодаря игнорированію юридической сущности дѣянія, когда, напр., составъ оконченнаго преступнаго дѣянія характеризуется признаками, относящимися къ покушенію.

щихъ каждая самостоятельный преступный составъ: пощечина можетъ быть разсматриваема и какъ посягательство на тѣлесную неприкосновенность, и какъ посягательство на честь; насильственная плотская связь съ близкою родственницею составляетъ и изнасилованіе, и кровосмѣшеніе; иногда нарушаемыя нормы, различаясь по содержанію, объединяются закономъ, составляя одинъ общій составъ: такъ, разбой содержитъ въ себѣ и посягательство на личность, и посягательство на имущество; иногда дѣяніе заключаетъ въ себѣ одновременное и въ то же время многократное посягательство на одну и ту же норму, напр., одновременное убійство нѣсколькихъ лицъ, обруганіе нѣсколькихъ лицъ однимъ выраженіемъ или словомъ и т. д.

547. Еще болѣе разнообразія представляютъ преступныя дѣянія осложненныя благодаря условіямъ самой дѣятельности.

Таковы, напр., уже разсмотрѣнные нами случаи осложненія субъективной виновности, когда въ одномъ и томъ же дѣяніи имѣются элементы умысла и неосторожности, или различные оттѣнки умысла; далѣе, осложненіе внѣшней стороны, объемлющей нѣсколько актовъ послѣдовательно смѣнявшейся дѣятельности виновнаго, подходящихъ подъ составъ различныхъ преступныхъ дѣяній, въ особенности подъ различныя степени осуществленія воли во внѣ.

Но особенное значеніе получаютъ тѣ типы сложныхъ преступныхъ дѣяній, въ которыхъ неоднократно воспроизводится полный составъ преступленія и которыхъ юридическая сущность опредѣляется совокупностью преступной дѣятельности. Таковы типы продолжаемыхъ преступныхъ дѣяній, въ коихъ, по внѣшней сторонѣ, преступное дѣяніе состоитъ изъ нѣсколькихъ частей, заключающихъ въ себѣ, каждая, полный составъ и отдѣленныхъ болѣе или менѣе значительнымъ промежуткомъ времени, напр., кража съ чердака, когда воръ въ нѣсколько пріемовъ вынесъ съ чердака бѣлье, жестокое обращеніе, выразившееся въ цѣломъ рядѣ актовъ, отдѣленныхъ другъ отъ друга и временемъ, и даже мѣстомъ, но связанныхъ однимъ общимъ преступнымъ умысломъ. Далѣе, преступныя дѣянія, длящіяся или обращающіяся въ преступное состояніе, когда дѣяніе, разъ совершившись, непрерывно повторяется до

наступленія какого либо противоположнаго факта: таково, напр., противозаконное лишеніе кого либо свободы, отпаденіе отъ православія, присвоеніе не принадлежащаго виновному чина или званія. Наконецъ, къ этой же группѣ должны быть отнесены случаи проявленія преступной привычки или ремесла, когда однимъ изъ элементовъ состава является учиненіе до того времени аналогичныхъ или тождественныхъ дѣяній, или обращеніе этой дѣятельности въ средство существованія и т. д.

Всѣ эти въ высшей степени интересные типы сложныхъ преступныхъ дѣяній получаютъ особую важность для разграниченія единичнаго преступнаго дѣянія отъ совокупности таковыхъ, а потому ихъ болѣе подробный анализъ будетъ сдѣланъ при изложеніи этого ученія.

548. *Средства и способы преступнаго дѣянія.* Осуществляя преступный замыселъ, или по небрежности и невнимательности посягая на правоохраненный интересъ, посягающій, по естественной необходимости, прибѣгаетъ къ помощи извѣстныхъ средствъ или орудій. Такими средствами являются прежде всего собственные органы тѣла или внѣ дѣйствующаго находящіеся предметы матеріальнаго міра, неодушевленные и одушевленные, — даже другое лицо. Такимъ образомъ, при убійствѣ, средствами могутъ быть: ружье, ножъ, топоръ, ядъ, руки виновнаго и т. д. Иногда лицо довольствуется для выполненія какими либо, такъ сказать, примитивными простыми средствами, а иногда устраиваетъ для этого сложныя и крайне разнообразныя приспособленія; мало того, иногда къ средствамъ мы причисляемъ результаты нашихъ дѣйствій, на сколько они являются элементомъ дальнѣйшихъ осуществленій преступнаго дѣянія: такъ, средствами словеснаго оскорбленія мы считаемъ не только органы рѣчи и ихъ функціи, но и самое произнесенное ругательное слово (1).

(1) Не составляетъ никакого различія, замѣчаетъ Листъ (стр. 200), выполненъ ли преступный результатъ просто тѣлесною дѣятельностью виновнаго или онъ воспользовался силами природы, орудіемъ или животнымъ. Тотъ, кто добылъ, при помощи своей собаки, кусокъ мяса изъ лавки мясника, или натравилъ собаку на человѣка, является виновникомъ воровства или тѣлеснаго поврежденія, столь же виновнымъ, какъ и тотъ, кто стащилъ посредствомъ палки съ крючкомъ колбасу съ окошка колбасной, или посредствомъ кулака, или несчастнымъ выстрѣломъ повредилъ другому глазъ.

Далѣе, осуществленіе преступнаго дѣянія требуетъ нерѣдко извѣстной опредѣленной комбинаціи, извѣстнаго порядка примѣненія средствъ или, другими словами, опредѣленнаго способа учиненія: такъ, отравленіе есть способъ убійства, тайное взятіе чужой вещи—способъ дѣйствія при кражѣ.

Въ житейскомъ, а иногда даже и въ юридико-техническомъ языкѣ понятія средствъ и способовъ дѣйствія нерѣдко смѣшиваются другъ съ другомъ, хотя анализъ нѣкоторыхъ преступленій свидѣтельствуетъ намъ, что ихъ точное разграниченіе составляетъ необходимое условіе правильнаго опредѣленія состава многихъ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній. Но какое же вообще значеніе имѣетъ ученіе о средствахъ и способахъ дѣйствія въ общемъ ученіи о преступномъ дѣяніи?

Въ западной литературѣ вопросъ этотъ едва затрогивается: такъ, французскіе криминалисты упоминаютъ о немъ только при изложеніи ученія объ отдѣльныхъ преступленіяхъ, напр., при убійствѣ, мошенничествѣ; даже изъ германскихъ криминалистовъ весьма немногіе говорятъ о немъ въ общей части (¹); но ему болѣе посчастливилось въ нашей литературѣ.

549. Впервые этотъ вопросъ былъ затронутъ проф. А. Чебышевымъ-Дмитріевымъ въ его ученіи о покушеніи, именно при изслѣдованіи покушенія съ негодными средствами.

«Нельзя въ большинствѣ случаевъ, говоритъ авторъ (стр. 27), видѣть преступленіе въ правонарушеніи, совершенномъ не тѣмъ способомъ, какой имѣлъ въ виду законъ запретить подъ страхомъ наказанія.... Уголовное правосудіе имѣетъ своимъ объектомъ волю не безнравственную, а преступную, волю, избирающую такія средства для нарушенія права, которыя считаются закономъ за особенно безнравственныя или за особенно вредныя или опасныя и признаются преступными..... Преступность (стр. 119) избранныхъ средствъ къ достиженію правонарушенія является такимъ же существеннымъ условіемъ для того, чтобы признать дѣятельность

(¹) Berner, § 61, придаетъ вопросу о средствахъ троякое значеніе: во 1-хъ, какъ доказательству бытія преступной воли; во 2-хъ, какъ элементу, вліяющему на мѣру наказанія; въ 3-хъ, какъ условію, вліяющему на разрѣшеніе вопроса о покушеніи съ негодными средствами.

преступной, какъ и для того, чтобы установить преступность цѣли.... Законъ (стр. 118) не признаетъ преступными множество путей, которыми столь же вѣрно достигается правонарушеніе, какъ и дѣйствіями преступными».

Въ подтвержденіе этихъ мыслей авторъ приводитъ нѣсколько примѣровъ: такъ, говоритъ онъ, не будетъ убійцею въ уголовно-юридическомъ смыслѣ тотъ, кто испугаетъ или разсердитъ больнаго съ намѣреніемъ причинить ему смерть и достигнетъ своей цѣли; молящійся о смерти врага и достигшій этимъ путемъ желаемаго, совершитъ «такое преступленіе, которое не подходитъ ни подъ одинъ видъ убійствъ, запрещенныхъ закономъ»; беременная, поднимающая какія либо тяжести, предполагая этимъ произвести выкидъ, не наказуема, безотносительно къ тому, имѣло ли ея дѣйствіе желаемый результатъ или нѣтъ и т. д.

Но, придавая огромное значеніе способамъ и средствамъ дѣйствія, среди другихъ элементовъ состава преступнаго дѣянія, авторъ, въ своихъ бѣглыхъ, такъ сказать, замѣткахъ, не даетъ никакого дѣйствительнаго обоснованія своему ученію, такъ что всѣ его положенія являются совершенно голословными, а рѣшеніе приводимыхъ имъ примѣровъ, если бы они, конечно, практически были возможны, съ точки зрѣнія, напр., постановленій нашего уложенія объ убійствѣ, истребленіи плода, представляется совершенно произвольнымъ.

350. Глубже затронутъ разбираемый вопросъ проф. Фойницкимъ въ его изслѣдованіи о мошенничествѣ (II, §§ 28 и 29).

«Содержаніе уголовнаго правосудія, говоритъ авторъ (стр. 80), опредѣляется двумя интересами: общественнымъ и личнымъ; первый побуждаетъ государство опредѣлить: какія дѣйствія, какъ вредныя для общества, должны быть признаны наказуемыми; второй же требуетъ: а) знанія въ точности, напередъ, что̀ запрещено закономъ; б) примѣненія наказанія только при наличности условій, устраняющихъ сомнѣніе въ виновности, при помощи средствъ распознаванія, доступныхъ земной юстиціи, и в) назначеніе наказанія только за дѣянія, дѣйствительно причиняющія вредъ обществу. Интересъ общественный требуетъ наказуемости всѣхъ правонарушеній; интересъ же личный требуетъ ограниченія наказуе-

мости; онъ не можетъ равнодушно отнестись къ тому: наказываетъ ли законъ за опредѣленныя дѣйствія или вообще за нарушеніе какихъ либо правоотношеній. Личный интересъ имѣетъ право потребовать, чтобы составъ преступленія расширялся не на всякій способъ дѣйствія, а ограничивался такими, которые приводятъ и могутъ приводить къ несомнѣнному убѣжденію въ причинной связи воли и дѣйствія съ послѣдствіемъ».

Это построеніе, въ отличіе отъ попытки г. Чебышева-Дмитріева, отдѣляетъ средства дѣйствія отъ способовъ и придаетъ главное значеніе послѣднимъ; вмѣстѣ съ тѣмъ, и самый вопросъ разсматривается исключительно съ точки зрѣнія законодателя; между тѣмъ какъ г. Чебышевъ-Дмитріевъ смотритъ на него съ точки зрѣнія судьи. По теоріи Фойницкаго, интересъ личности требуетъ, чтобы законодатель признавалъ не всякій способъ посягательства на правоохраненный интересъ преступнымъ, а по теоріи Чебышева-Дмитріева судья долженъ освободить учинившаго посягательство отъ наказанія, потому что онъ дѣйствовалъ непреступнымъ способомъ и средствами, хотя бы законъ и не содержалъ въ этомъ отношеніи никакихъ ограниченій, какъ, напр., при убійствѣ. Теорія Чебышева - Дмитріева практически несостоятельна, теорія Фойницкаго теоретически одностороння. Очевидно, что цѣлесообразность карательной государственной дѣятельности, интересы каждаго подсудимаго, а вмѣстѣ съ тѣмъ и всего общества требуютъ, чтобы наказаніе примѣнялось только въ томъ случаѣ, когда виновность обвиняемаго несомнѣнна; мало того, можно вполнѣ согласиться съ авторомъ, что государство должно отказаться отъ проявленія своей карательной дѣятельности, если, по естественному порядку вещей, такая дѣятельность грозитъ возможностью судебныхъ ошибокъ, возможностью привлеченія съ суду невинныхъ, безрезультатностью производства и т. д. Этими соображеніями цѣлесообразности намѣчаются границы уголовно-наказуемой и уголовно-безразличной неправды, устанавливается институтъ частнаго преслѣдованія, давность и т. д.; но ошибочно ставить проявленіемъ этого принципа требованіе наличности извѣстнаго способа и средствъ дѣйствія. Способъ дѣйствія есть только одинъ изъ элементовъ распознаваемости наличности вины и то преимущественно при извѣстныхъ конкретныхъ условіяхъ; а потому попытка

законодателя указать по каждому дѣянію въ самомъ законѣ способы, содѣйствующіе распознаваемости виновности, будетъ несостоятельна.

551. Дѣйствительное значеніе средствъ и способовъ дѣйствія, въ общемъ ученіи о преступномъ дѣяніи, представляется мнѣ въ слѣдующемъ видѣ (¹).

По общему правилу, какъ скоро виновный учинилъ умышленно или неосторожно преступное дѣяніе, онъ отвѣчаетъ за совершенное, безотносительно къ средствамъ, коими онъ пользовался. По отношенію къ огромному числу преступныхъ дѣяній, законодатель, запрещая извѣстное дѣяніе, не даетъ, да и не можетъ дать, перечня средствъ совершенія; но иногда онъ отступаетъ отъ этого положенія и или прямо опредѣляетъ преступность извѣстнаго дѣянія свойствомъ употребленныхъ средствъ, или же придаетъ извѣстной категоріи средствъ значеніе обстоятельства, измѣняющаго отвѣтственность, или же на этомъ основаніи классифицируетъ преступныя дѣянія. Основанія такихъ отступленій заключаются или въ томъ, что выборъ извѣстныхъ средствъ указываетъ на особенную испорченность, жестокость виновнаго, или въ томъ, что употребленіе извѣстныхъ средствъ придаетъ бо́льшую опасность дѣйствію, распространяетъ вредъ на бо́льшее число лицъ и т. д. На этомъ основаніи, напр., изъ понятія убійства выдѣляется отравленіе, убійство взрывомъ пороха и т. д.; изъ истребленія имущества— такъ называемыя общеопасныя дѣянія; въ обидѣ различается обида словомъ отъ обиды дѣйствіемъ и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ основаніемъ квалификаціи является характеръ употребленныхъ средствъ—огонь, вода, взрывчатыя вещества, ядъ и т. д.

Аналогичное значеніе имѣетъ и способъ дѣйствія, причемъ нельзя не прибавить, что роль его при нѣкоторыхъ, особо указанныхъ преступленіяхъ представляется еще болѣе важною. Такъ, во 1-хъ, способъ дѣйствія можетъ служить основаніемъ для усиленія уголовной отвѣтственности, какъ, напр., взломъ и влѣзъ при кражѣ; засада, истязанія и мученія при убій-

(¹) Ср. мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни, I, № 82; курсъ, II, № 375; Н. Сергѣевскій, причинная связь, I, стр. 32.

ствѣ и т. д.; во 2-хъ, способъ дѣйствія можетъ служить основаніемъ классификаціи преступныхъ дѣяній: таково, напр., раздѣленіе, по нашему праву, похищенія чужихъ вещей на тайное и открытое, насильственное и обманное; наконецъ, въ 3-хъ, способъ дѣйствія можетъ, хотя и въ сравнительно немногихъ случаяхъ, служить основаніемъ отграниченія уголовно-наказуемой и не наказуемой неправды: таково, напр., насиліе противъ личности, какъ характеристическій признакъ уголовно-наказуемаго самоуправства.

552. Обыкновенно средства дѣйствія, будутъ ли это органы нашего тѣла или предметы внѣшняго міра, которыми мы пользуемся при осуществленіи преступнаго дѣянія имѣютъ физическій характеръ—слово, движеніе; но при нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяніяхъ, какъ напр., при убійствѣ, тѣлесныхъ поврежденіяхъ, возникаетъ сверхъ того вопросъ о такъ называемыхъ психическомъ воздѣйствіи и психическихъ средствахъ [1].

Положимъ, что кто либо, зная, что другое лицо находится въ такомъ болѣзненно - растроенномъ нервномъ состояніи, при которомъ всякій испугъ или сильное нравственное потрясеніе можетъ причинить смерть, пользуется такимъ состояніемъ для осуществленія своего намѣренія лишить жизни и достигаетъ задуманнаго; можемъ-ли мы признать его уголовно-наказуемымъ за убійство?

По моему мнѣнію, отвѣтъ долженъ быть утвердительный. Со стороны субъективной, существуетъ преступный умыселъ и, слѣдовательно, виновность лица; этотъ умыселъ воплощается въ дѣйствіи: появленіе въ видѣ мертвеца, сообщеніе ужаснаго извѣстія; это дѣйствіе ведетъ къ желаемой цѣли и умыселъ осуществляется. Спрашивается, на какомъ юридическомъ основаніи мы не признаемъ здѣсь наличности условій, требующихся для состава предумышленнаго убійства, указаннаго въ ст. 1454 уложенія [2].

---

(1) Ср. въ особенности Geyer, zur Lehre vom dolus generalis въ архивѣ Гольтаммера, XIII (1861 г.), Krebel, Versuch über den Tod durch psychische Vorgänge und die Gesundheitsstörung und Tödtung auf psychischem Wege in forensischer Beziehung, 1866 г.; Леговичъ, причиненіе смерти и разстройство здоровья психическими средствами въ юрид. вѣстн. за 1879 г., II, № 4; у него подробныя и весьма убѣдительныя доказательства взгляда, излагаемаго въ текстѣ.

(2) Мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни, I, № 87, курсъ, II, № 376; изъ нашихъ криминалистовъ въ защиту того же мнѣнія высказались:

На это обыкновенно возражаютъ, что при подобныхъ условіяхъ трудно установить причинную связь между дѣйствіями виновнаго и наступившею смертью; но это возраженіе очевидно не принціальнаго характера, такъ какъ оно переноситъ вопросъ на процессуальную почву. Конечно, можно признать убійцею данное лицо только въ томъ случаѣ, когда будетъ доказано, что смерть причинена имъ; но это положеніе имѣетъ одинаковое значеніе и въ случаяхъ причиненія смерти, такъ называемыми, физическими средствами, а съ другой стороны, во всякомъ учебникѣ судебной медицины мы найдемъ несомнѣнныя указанія на факты причиненія смерти или тѣлеснаго поврежденія психическими воздѣйствіями, т. е. указаніе на полную возможность констатированія причинной связи въ случаяхъ этого рода.

Далѣе, указаніе на то, что, при этихъ условіяхъ, желаемый результатъ могъ наступить только благодаря особеннымъ, чисто индивидуальнымъ условіямъ даннаго факта, также не имѣетъ значенія, такъ какъ и при вмѣненіи результата, вызваннаго механическимъ путемъ, мы вмѣняемъ и такъ называемыя индивидуальныя, особенныя послѣдствія, какъ скоро эти особенности даннаго случая были сознаваемы виновнымъ и онъ воспользовался своимъ знаніемъ; такимъ образомъ, мы признаемъ убійствомъ отравленіе такою дозою яда, которая была, завѣдомо для виновнаго, смертельна, только благодаря особенному патологическому состоянію убитаго.

Остается, слѣдовательно, самый характеръ употребленныхъ средствъ или способа дѣятельности виновнаго. Это возраженіе представлялось бы существеннымъ, если бы дѣло шло о такихъ преступ-

---

А. Лохвицкій, А. Чебышевъ-Дмитріевъ и, въ особенности, Н. Сергѣевскій, причинная связь, I, стр. 28 и сл.; пособія, стр. 333. Весьма рѣзкія возраженія противъ этого ученія у Н. Неклюдова, руководство къ особенной части, I, стр. 266. Изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ за мнѣніе, изложенное въ текстѣ, высказались: Holtzendorf, въ Handbuch, III, стр. 418; H. Meyer, стр. 227; Wahlberg, въ замѣчаніяхъ на нашъ проектъ особенной части. Любопытныя соображенія въ пользу наказуемости убійства психическими средствами были высказаны извѣстнымъ англійскимъ криминалистомъ Джемсомъ Стифеномъ въ его законодательныхъ работахъ. Ср. Bertrand, Etude sur le projet de loi relatif à l'homicide en Angleterre, 1877 г.

ныхъ дѣяніяхъ, коихъ составъ прямо обусловленъ наличностью извѣстныхъ средствъ; но возраженіе теряетъ силу, какъ скоро запретъ закона не содержитъ такого указанія, какъ у насъ при убійствѣ, или даже прямо указываетъ на возможность учиненія вреда всякими средствами, какъ, напр., при причиненіи психическаго разстройства (ст. 1487). Да и самое наименованіе средствъ или способа дѣйствія «психическими» представляетъ неточность. Средствомъ дѣйствія будутъ: сказанное слово, переодѣванье, какія либо символическія дѣйствія, т. е. обыкновенныя средства дѣйствія, столь часто употребляемыя, напр., при обидахъ, мошенничествѣ ([1]); остается только своеобразное воздѣйствіе этими средствами на организмъ другаго, способъ дѣйствія; это воздѣйствіе съ трудомъ поддается физическому измѣренію и оцѣнкѣ, имѣетъ какъ бы нематеріальный характеръ; но и это особенное свойство

([1]) «Рѣчь, письмо, рисунокъ, тѣлодвиженія и т. п., вотъ средства для психическаго воздѣйствія, говоритъ Легонинъ (стр. 465); но они не въ какомъ случаѣ не проникаютъ въ наше сознаніе непосредственно, а необходимо должны предварительно произвести впечатлѣніе на периферическіе органы того или другаго ощущенія». Поэтому онъ и не находитъ рѣзкаго различія между ними и такъ называемыми механическими или наружными средствами дѣйствія. Механизмъ смерти, продолжаетъ онъ, отъ психическихъ поврежденій тотъ же, который наблюдается нерѣдко при повѣшеніи, утопленіи и т. д. Въ случаяхъ внезапной смерти (стр. 473), вслѣдъ за психическимъ потрясеніемъ, отраженіе съ опредѣленныхъ частей головнаго мозга на продолговатый мозгъ происходитъ съ такою быстротою и такъ энергично, что результатомъ воздѣйствія на продолговатый мозгъ бываетъ прекращеніе дыханія и въ особенности остановка сердцебіенія. Такимъ образомъ, механизмъ смерти здѣсь не имѣетъ ничего специфическаго и во всякомъ случаѣ ничего сверхъестественнаго. Онъ характеризуется, какъ такъ называемый «choc», который встрѣчается и при разнообразныхъ механическихъ поврежденіяхъ, съ тѣмъ только различіемъ, что въ случаяхъ психическаго воздѣйствія «choc» вызывается сильнымъ раздраженіемъ не периферическихъ нервовъ, а частей головнаго мозга, принимающихъ участіе въ сознательной дѣятельности. Возможность же причиненія психическимъ путемъ нервныхъ болѣзней и психическаго разстройства не подлежитъ болѣе и малѣйшему сомнѣнію. Психическій способъ насилія (стр. 375) ничѣмъ существеннымъ не отличается отъ механическихъ способовъ насилія; другими словами, всѣ способы насилія, если только они въ состояніи вызвать матеріальныя измѣненія въ организмѣ, сводятся къ одному и тому же началу, т. е. механическому; а въ такомъ случаѣ строгое разграниченіе способовъ въ законѣ становится невозможнымъ. Ср. также Гофманъ, учебникъ судебной медицины, 1881 г., стр. 518.

средствъ только кажущееся: смерть въ подобныхъ случаяхъ происходитъ отъ внезапнаго прекращенія дѣятельности центральной нервной системы, отъ разрыва кровеносныхъ сосудовъ, отъ остановки дѣятельности сердца, однимъ словомъ, отъ процессовъ, имѣющихъ чисто соматическій характеръ.

553. Но особенное значеніе въ ученіи о средствахъ и способахъ дѣйствія представляетъ вопросъ о такъ называемомъ невмѣшательствѣ, какъ способѣ учиненія преступнаго посягательства (¹). Говоря выше о типахъ преступной дѣятельности, я указалъ на различіе преступнаго содѣянія и бездѣйствія, обусловленное различіемъ самыхъ нормъ требовательныхъ и запретительныхъ, замѣтивъ, что это различіе не зависитъ отъ активнаго или пассивнаго способа дѣйствія, такъ какъ оба эти способа могутъ быть какъ при содѣяніи, такъ и при упущеніи. Теперь я долженъ остановиться на пассивномъ характерѣ дѣятельности, на бездѣйствіи, такъ какъ этотъ способъ, въ особенности, когда имъ нарушаются нормы запретительныя, представляетъ много своеобразнаго; при этомъ, для различенія бездѣйствія, какъ типа преступнаго дѣянія, отъ бездѣйствія, какъ способа дѣйствія, я буду называть послѣдній невмѣшательствомъ (²).

(¹) Вопросъ этотъ сдѣлался нынѣ одною изъ любимыхъ темъ нѣмецкихъ криминалистовъ и вызвалъ огромную монографическую литературу. Ср. указанія въ моемъ курсѣ, II, № 377, прим. 80. Изъ указанныхъ тамъ изслѣдованій, а равно позднѣйшихъ можно назвать: Glaser, über strafbare Unterlassungen въ его Abhandlungen, 1858 г., стр. 289—503; рядъ статей Ортмана въ allgem. Strafrechtszeitung, изд. Гольцендорфомъ 1873 г.; въ Gerichtssaal, 1874, 1875, 1876, 1878 и 1880 гг., и архивѣ Гольдаммера 1875 и 1876 гг.; статьи Buri въ Gerichtssaal, 1869, 1875, 1876, 1878 гг. и въ Zeitschrift, изд. Листомъ, I, стр. 400; Berger, über Bewirken durch Unterlassen въ Zeitschrift für öffentl. und priv. Recht, 1882 г., стр. 734—776; Haupt, zur Lehre von den Unterlassungsdelicten, въ Zeitschrift, Листа, II, стр. 533; Sturm, die Commissivdelicte durch Unterlassung und die Ommissivdelicte, 1883 г.; Rohland, Commissivdelict durch Unterlassung, 1885 г.; Н. Сергѣевскій, о значеніи причинной связи, 1880 г., I, стр. 90.

(²) Я сохранилъ это различіе терминологіи, не смотря на сдѣланныя противъ этого возраженія (Н. Сергѣевскій, причинная связь, II, стр. 106, пр. I), такъ какъ это различіе вытекаетъ изъ существа дѣла; самый же терминъ «невмѣшательство», мнѣ кажется, вполнѣ соотвѣтствуетъ юридической сущности этого способа дѣятельности. Нѣмецкіе криминалисты различаютъ эти два понятія выраженіями—echte oder unechte Unterlassung. Ср. Liszt, стр. 114.

Что можно понимать подъ невмѣшательствомъ въ уголовномъ равѣ и при какихъ условіяхъ невмѣшавшійся можетъ отвѣчать е только за самое невмѣшательство, но и за то преступное ѣяніе, которое произошло благодаря его невмѣшательству?

554. На первый взглядъ, различіе между активнымъ участіемъ пассивнымъ допущеніемъ нарушенія какого либо запрета столь чевидно, что отграниченіе невмѣшательства отъ содѣянія, казаось-бы, не представитъ затрудненій: стоитъ только противопоставить убійство, выполненное ударомъ топора, и неподаніе руки топающему.

Но, присматриваясь ближе къ различнымъ формамъ и оттѣнамъ дѣятельности, мы увидимъ, что въ жизни это рѣзкое разичіе значительно сглаживается; являются промежуточныя, мѣшанныя формы, въ которыхъ соединяется и активное, и пасивное отношеніе дѣятеля къ преступному результату, особенно амъ, гдѣ моментъ проявленія физической дѣятельности обвиняеаго отдѣляется отъ наступленія послѣдствія значительнымъ ромежуткомъ времени.

Отравленіе можетъ быть совершено не только тѣмъ, кто влилъ асильно ядъ въ ротъ жертвы, но и тѣмъ, кто подалъ ядъ въ видѣ екарства, кто, подмѣшавъ ядъ въ водку, налилъ ее въ тотъ рафинъ, изъ котораго жертва задуманнаго преступленія имѣетъ быкновеніе пить ежедневно; убійцею будетъ какъ тотъ, кто толкнулъ другаго въ воду, такъ и тотъ, кто подпилилъ устой мостика, черезъ который должна была пройти намѣченная ертва.

Если разсматривать послѣдніе примѣры въ моментъ наступленія результата, то дѣятельность виновнаго можетъ быть характеизована какъ невмѣшательство: онъ не остановилъ проходящаго ерезъ мостъ или наливавшаго отравленную водку; но можно ли тнести эти случаи къ невмѣшательству или они составляютъ соѣяніе? Утвердительный отвѣтъ, и въ томъ, и въ другомъ смыслѣ, удетъ невѣренъ, такъ какъ эта смѣшанная форма представляется о многихъ отношеніяхъ совершенно своеобразнымъ типомъ (1).

(1) Ср. Binding, Normen, II, § 47: die Schuld scheinbar zur Zeit der That noch cht vorhanden.

555. Съ чисто объективной стороны, такая дѣятельность относится, конечно, къ содѣяніямъ: виновный далъ толчокъ, привелъ въ движеніе систему силъ, коихъ продуктомъ былъ преступный результатъ: невмѣшательство въ этомъ отношеніи никакого значенія не имѣетъ. Но вопросъ значительно осложнится, когда мы обратимся къ сторонѣ субъективной, къ установленію виновности. Въ этомъ отношеніи возможно нѣсколько комбинацій.

Во 1-хъ, виновность остается неизмѣнною, какъ въ моментъ первоначальнаго приложенія силъ, такъ и въ моментъ невмѣшательства: виновный умышленно подмѣшалъ ядъ въ водку и умышленно не остановилъ жертву, когда та наливала себѣ рюмку, или, необдуманно совершивъ какой либо поступокъ, легкомысленно отнесся и къ его результатамъ, а потому не предотвратилъ ихъ, хотя и могъ это сдѣлать: вся дѣятельность лица должна разсматриваться, какъ единое преступное содѣяніе, умышленное или неосторожное.

Во 2-хъ, въ моментъ первоначальнаго приложенія силъ дѣятельность виновнаго была вполнѣ сознательною и волимою; но затѣмъ, въ моментъ наступленія результата, онъ безразлично относился къ начатому имъ прежде или даже вовсе забылъ о немъ, хотя еще въ этотъ моментъ представлялась возможность предотвращенія послѣдствія, — и въ этомъ случаѣ вся дѣятельность сохраняетъ характеръ умышленнаго содѣянія.

Въ 3-хъ, первоначальная дѣятельность была, съ субъективной стороны, юридически безразлична, или подходила подъ условія неосторожности, а умыселъ возникъ только въ моментъ невмѣшательства; или же первоначальная дѣятельность была умышленная, но содержаніе воли, направленіе умысла измѣнилось во время невмѣшательства. Случаи этого рода встрѣчаются нерѣдко въ судебной практикѣ и ихъ юридическая характеристика представляется спорною.

Представимъ себѣ, что кто нибудь, закуривая папиросу, неосторожно бросилъ не погашенную спичку въ кучу стружекъ, затѣмъ, видя, что стружки загорѣлись, имѣя полную возможность потушить пожаръ, умышленно не дѣлаетъ этого и домъ сгораетъ; или, что кто нибудь, боровшись съ другимъ, уронилъ противника въ канаву, полную воды, а затѣмъ, видя, что упавшій захлебы

вается, сознательно и волимо не подаетъ ему помощи и упавшій умираетъ; можемъ ли мы, при подобныхъ условіяхъ, не признать наличности умышленнаго поджога или убійства, когда мы имѣемъ въ дѣйствительности не только преступную волю, но и проявленіе этой воли во внѣ? При такомъ рѣшеніи вопроса, характеристика субъективной виновности опредѣляется не по моменту первоначальной дѣятельности, а по моменту невмѣшательства, которое, такимъ образомъ, становится юридическимъ центромъ преступнаго дѣянія.

Такое признаніе подобнаго дѣянія умышленнымъ невмѣшательствомъ, а не умышленнымъ причиненіемъ вреда, имѣетъ весьма важныя послѣдствія. На этомъ основаніи, для наказуемости случаевъ этого рода, какъ умышленнаго преступленія, необходимо установленіе не только причинной связи первоначальнаго дѣянія съ преступнымъ результатомъ, но и возможности предупрежденія этого результата, возможности вмѣшательства. Далѣе, такъ какъ юридическое значеніе имѣетъ при этихъ случаяхъ невмѣшательство, а не предшествующая дѣятельность, то, напр., начало теченія давности опредѣляется моментомъ невмѣшательства, а не моментомъ первоначальнаго дѣйствія; участіе другихъ лицъ въ первоначальной дѣятельности будетъ юридически безразличнымъ и т. д.

При этомъ всѣ эти соображенія примѣняются не только въ томъ случаѣ, когда виновный возбудилъ силы природы, а затѣмъ остался бездѣйствующимъ по отношенію къ производимымъ имъ результатамъ, но и въ томъ, когда исполнителемъ является другое лицо, дѣйствовавшее несознательно, подъ вліяніемъ ошибки и т. п.

556. Кромѣ такой смѣшанной формы существуютъ и случаи простаго невмѣшательства, когда виновный, хотя и стоитъ въ сторонѣ отъ совершающагося событія, возникшаго внѣ всякаго его непосредственнаго участія, но, однако, можетъ своевременнымъ вмѣшательствомъ предупредить преступные результаты. Случаи, сюда относящіеся, весьма разнообразны: сторожъ, поставленный на пожарищѣ для предотвращенія пожара, видитъ, что огонь раздувается, и не тушитъ его; хорошій пловецъ, убѣдившій другаго заплыть въ глубину, обѣщая ему помощь въ случаѣ опасности,

оставляетъ его намѣренно и тотъ тонетъ; кто либо, видя утопающаго и имѣя возможность подать ему помощь, не дѣлаетъ этого и т. д., причемъ со стороны субъективной эти разнообразные случаи невмѣшательства могутъ быть результатомъ или злаго умысла, или неосторожности. Вопросъ объ отвѣтственности за подобное невмѣшательство представляется весьма спорнымъ не только на практикѣ, но и въ доктринѣ. Попытки его разрѣшенія могутъ быть сведены къ двумъ основнымъ типамъ: одни криминалисты признаютъ принципіальное различіе въ условіяхъ отвѣтственности между содѣяніемъ и невмѣшательствомъ, другіе строятъ его на одномъ общемъ началѣ отвѣтственности за вредъ. Попытки перваго рода распадаются, далѣе, на два вида: 1) основывающія отвѣтственность на признаніи общегражданской обязанности недопущенія вреднаго результата, и 2) основывающія это положеніе на существованіи спеціальной обязанности только извѣстной группы лицъ ([1]).

557. Начало ученія объ общечеловѣческой обязанности предотвращенія вреда для другихъ, какъ основѣ наказуемости за невмѣшательство, относится еще къ XVI и XVII столѣтіямъ, къ эпохѣ выработки ученія о попустительствѣ, какъ особомъ видѣ отдаленнаго соучастія; но наиболѣе полную обработку получило это воззрѣніе въ трудахъ нѣмецкихъ ученыхъ Штюбеля и, въ особенности, Борста. Борстъ ([2]) опредѣляетъ преступное дѣяніе, какъ нарушеніе права, причиняемое или путемъ свободнаго дѣйствованія, или путемъ невоспрепятствованія таковому дѣйствію, а затѣмъ ставитъ вопросъ о приравненіи содѣянія и невмѣшательства другъ къ другу, какъ формъ проявленія виновности.

Большинство писателей, говоритъ онъ (§ 4), опираясь на ученіе Канта о правѣ, утверждаютъ, что изъ естественнаго права нельзя вывести принудительной обязанности защищать другаго отъ правонарушенія, а такая обязанность возникаетъ только на основаніи прямаго указанія закона; но такое положеніе слишкомъ обобщено, такъ какъ вся сущность государства состоитъ въ томъ,

---

([1]) Ср. исторію вопроса у Glaser, стр. 324—402; мой курсъ, II, №№ 380 и сл.

([2]) Въ его статьѣ: über die Theilnahme an einem Verbrechen, въ архивѣ уголовнаго права, в. VII, стр. 670—706; Stübel, Thatbestand, 1805 г. §§ 43—54.

что всѣ его сочлены соединяютъ свои силы, чтобы достигнуть того, что недоступно для каждаго въ отдѣльности. Для обезпеченія общественной безопасности недостаточно, чтобы каждый не вредилъ другимъ, не нарушалъ ихъ правъ, а необходимо, чтобы онъ предупреждалъ правонарушенія, принималъ участіе въ охранѣ правъ не только отрицательно, но и положительно. Разумное бытіе государства можетъ быть выведено только изъ идеи взаимнопомощи, а не изъ идеи непричиненія вреда другимъ. Практическій разумъ, этотъ источникъ правъ, ставитъ высшій принципъ земной жизни—матеріальное и духовное самоусовершенствованіе каждаго; но въ обществѣ саморазвитіе каждаго возможно только на столько, на сколько существуетъ развитіе другихъ, а потому каждый долженъ содѣйствовать развитію другихъ, доставляя и обезпечивая имъ свободу и возможность развитія. Эта обязанность—юридическая и на ней покоится обязанность предотвращать зло, грозящее отдѣльнымъ лицамъ и, слѣдовательно, основаніе наказуемости невмѣшательства. Такимъ образомъ, по этому взгляду, тотъ, кто умышленно далъ другому яду, и тотъ, кто не далъ умирающему съ голоду кусокъ хлѣба, одинаково нарушаютъ норму «не убей», одинаково должны быть признаны убійцами.

Но имѣетъ ли такое положеніе точку опоры въ условіяхъ современной жизни? Въ области проявленія личныхъ интересовъ мы встрѣтимъ развѣ самые слабые проблески принципа взаимной помощи, подавленнаго господствомъ всесильнаго эгоизма. Можно, конечно, находить такой порядокъ вещей ненормальнымъ, можно мечтать о перестройкѣ общества на основаніи принципа любви; но игнорировать современныя условія жизни, при конструкціи правовыхъ институтовъ, невозможно; мало того, даже и при иныхъ соціальныхъ условіяхъ жизни, мы не можемъ поставить наравнѣ положительныя и отрицательныя условія совмѣстнаго жительства. Начало «не вреди никому» укладывается въ опредѣленныя юридическія формулы, а начало «помогай ближнему» является крайне неопредѣленнымъ, растяжимымъ и допускаетъ юридическую формулировку только въ ограниченномъ размѣрѣ.

558. Теорія наказуемости всякаго невмѣшательства, съ ея попыткою замѣнить эгоистическій принципъ права началомъ

взаимопомощи, господствовала недолго (1). На смѣну ея явилась другая попытка того же направленія, видѣвшая основаніе наказуемости невмѣшательства не въ нарушеніи общечеловѣческой обязанности, а въ нарушеніи обязанности специальной. Взглядъ этотъ былъ высказанъ еще Фейербахомъ, а болѣе подробно мотивированъ Шпангенбергомъ (2).

Основной принципъ права, говоритъ Шпангенбергъ, это обязанность не вредить другимъ, и только въ исключительныхъ случаяхъ, по особому юридическому основанію, преступнымъ можетъ быть признано и неисполненіе извѣстныхъ дѣйствій. Поэтому для наказуемости невмѣшательства необходимо: а) бытіе особенной обязанности дѣйствовать, б) нарушеніе этой обязанности бездѣйствіемъ и в) возникновеніе, въ силу этого бездѣйствія, вреда для того, кто имѣлъ право требовать дѣйствія.

Источники же этой обязанности трояки: 1) положительные законы, особенно полицейскіе; 2) юридическія отношенія, возникающія между лицами, соединенными, въ силу закона, особеннымъ внутреннимъ союзомъ, какъ бракъ, прямое родство, опека; въ римскомъ правѣ—рабство; въ феодальныхъ государствахъ—вассальныя отношенія; 3) договоръ, въ особенности служебный, договоръ чиновниковъ, договоръ юридическихъ лицъ съ частными и частныхъ лицъ между собою, причемъ договоръ долженъ быть точенъ и опредѣлителенъ.

Такимъ образомъ, если, положимъ, ребенокъ упалъ въ неглубокую канаву и тонетъ, то находившійся около человѣкъ, который не нагнулся и не подалъ ему руки, не наказуемъ, а стоявшій рядомъ съ нимъ служитель рѣчной полиціи, не оказавшій помощи, не только наказуемъ за неисполненіе своей обязанности, но отвѣчаетъ и за умышленное или неосторожное лишеніе жизни утонувшаго. Но эта теорія, давая основаніе для наказуемости преступнаго

---

(1) Даже самъ Штюбель, въ позднѣйшемъ своемъ трудѣ о соучастіи, 1826 г., отказался отъ своего первоначальнаго взгляда.

(2) Feuerbach, Lehrbuch, §§ 24 и 49; Spangenberg въ статьѣ über die Unterlassungsverbrechen, въ архивѣ, IV, стр. 527 и сл. До послѣдняго времени это воззрѣніе господствовало въ Германіи. Ср. Glaser, Abhandlungen, стр. 378; указанія изъ партикулярныхъ нѣмецкихъ кодексовъ у Köstlin'a, System, § 80 пр. 7.

бездѣйствія въ тѣсномъ смыслѣ (delictum ommissionis), не даетъ въ дѣйствительности таковаго для преступнаго невмѣшательства (¹).

559. Совершенно иную постановку вопроса дѣлаетъ теорія, отыскивающая основаніе отвѣтственности за невмѣшательство въ существованіи причинной связи между нимъ и преступнымъ результатомъ, хотя самое понятіе причиненія чего либо невмѣшательствомъ конструируется весьма различно.

Прежде всего, основу причинности пытаются найдти въ самомъ невмѣшательствѣ (²). Если, выражаясь образно, валъ въ органѣ, вмѣсто мелодіи, вызвалъ дисгармоническій звукъ, то причиною дисгармоніи можетъ быть какъ то обстоятельство, что одинъ изъ шпиньковъ, загнувшись, задѣлъ не тотъ молоточекъ, такъ и оттого, что одинъ изъ шпиньковъ стерся и не задѣлъ соотвѣтствующаго молоточка, отчего въ общемъ аккордѣ недостало извѣстнаго звука и гармонія была нарушена; житейскій языкъ не затруднится назвать это бездѣйствіе, эту неполноту причиною явленія. Также, казалось бы, можно поставить этотъ вопросъ и въ правѣ, въ особенности, напр., при преступномъ бездѣйствіи въ тѣсномъ смыслѣ, такъ какъ неисполненіе закона требовательнаго можетъ быть наказуемо въ виду вреда, возникающаго отъ этого для общества и государства: неплатежъ податей, уклоненіе отъ исполненія воинской повинности—причиняютъ прямой ущербъ государственной казнѣ и государственнымъ оборонительнымъ силамъ; неявка свидѣтеля можетъ вызвать отсрочку засѣданія и, слѣдовательно, ущербъ правосудію и т. д. Аналогично разрѣшаетъ это ученіе и вопросъ о невмѣшательствѣ: виновный въ невмѣшательствѣ отвѣчаетъ, какъ скоро оно было причиною возникновенія преступнаго результата (³). Но здѣсь - то

(¹) Ср. разборъ теоріи Шпангенберга у Luden, Abhandlungen aus dem Strafrechte, II, стр. 231 и сл.

(²) W. Rohland, Festrede, 1885 г., стр. 10; философскія основы теоріи Роланда у Sigwardt, Begriff des Wollens und sein Verhältniss zum Begriff der Ursache, 1879 г.

(³) Роландъ ограничивается въ этомъ отношеніи только установленіемъ аналогіи между нарушеніемъ запретительнаго закона путемъ невмѣшательства и требовательнаго закона путемъ содѣянія.

и обнаруживается различіе между преступнымъ опущеніемъ и невмѣшательствомъ: въ первомъ случаѣ возможность причиненія опредѣляется самымъ составомъ преступнаго дѣянія, а во второмъ— придется каждый разъ изслѣдовать обстановку невмѣшательства, т. е. перейти къ анализу обстоятельствъ, ему сопутствовавшихъ или предшествовавшихъ, будетъ ли такимъ предшествующимъ учиненіе извѣстнаго дѣянія или принятіе извѣстной обязанности.

560. Такимъ образомъ, естественно мы переходимъ къ другой теоріи, основывающей отвѣтственность на свойствахъ положительной дѣятельности лица.

Основанія этого взгляда указаны были еще Люденомъ (1), а болѣе подробно развиты въ трудахъ Глазера и Круга.

Невмѣшательство, само по себѣ, говорили родоначальники этой теоріи, не можетъ быть причиною какого либо результата, такъ какъ изъ ничего не произойдетъ что либо, а между тѣмъ для вмѣненія лицу нарушенія какого либо запрета необходимо доказать, что это нарушеніе было причинено лицомъ; такимъ образомъ невмѣшательство можетъ стать въ причинное отношеніе къ результату, только благодаря своей связи съ какою либо положительною дѣятельностью.

По теоріи Людена, причиненіе лежитъ въ дѣятельности одновременной съ бездѣйствіемъ, такъ какъ мы не можемъ себѣ представить человѣка абсолютно бездѣйствующимъ, хотя бы это было удаленіе отъ мѣста, даже просто взираніе (Zusehen), такъ что, какъ замѣчаетъ Кругъ, если нянька, не подавшая помощи упавшему въ воду ребенку, въ то время вязала чулокъ, то вязаніе чулка по этой теоріи должно быть признано причиною смерти ребенка.

По теоріи Круга и Глазера, основою причиненія является дѣятельность, предшествовавшая невмѣшательству, и притомъ такая, которая заключала въ себѣ обязанность что либо сдѣлать или отъ чего либо воздержаться.

На этомъ основаніи, если кто нибудь подходитъ къ пруду, видитъ тамъ утопающаго, можетъ его спасти и умышленно не

---

(1) Abhandlungen aus dem Strafrechte, I, стр. 467 и сл.; II, стр. 219. Разборъ его теоріи у Глазера, стр. 379—390. Ср. также мой курсъ, II, № 386.

оказываетъ помощи; или если нянька пустила ввѣреннаго ей ребенка играть около пруда, тотъ упалъ въ воду, нянька могла его спасти, но умышленно не подала помощи; то неоказавшій помощи въ первомъ примѣрѣ уголовно не отвѣчаетъ, а нянька подлежитъ наказанію за умышленное убійство. Но какое же основаніе такого различія? Въ первомъ примѣрѣ нѣтъ никакой объективной связи лица съ происшедшимъ вредомъ, а во второмъ— такая связь существуетъ. Только благодаря тому, что нянька находилась при ребенкѣ, онъ оказался въ томъ опасномъ положеніи, которое кончилось его смертью, а потому невмѣшательство няньки находится въ причинномъ отношеніи къ смерти.

По этимъ же соображеніямъ разрѣшаетъ разсматриваемая теорія и другіе случаи, въ которыхъ лицо ставится въ причинное отношеніе къ возникшему вреду, благодаря неисполненію договора или какой либо спеціальной обязанности.

Такимъ образомъ, отвѣчаетъ, напр., городовой, приставленный къ спуску черезъ рѣку въ виду образованія на ней зажоръ, не предупредившій объ опасности проходившее лицо, которое и потонуло; отвѣчаетъ начальникъ желѣзнодорожной станціи, отправившій поѣздъ безъ звонка, свистка, или иныхъ мѣръ предосторожности, если, благодаря этому, погибъ или пострадалъ кто либо изъ пассажировъ; отвѣчаетъ староста или смотритель тюрьмы, не дававшій арестанту пищи, такъ что арестантъ умеръ съ голоду и т. д.

Однимъ словомъ, всякое лицо отвѣчаетъ за нарушеніе какого либо запрета, какъ скоро оно создало такое положеніе вещей, которое обязывало его къ дальнѣйшему вмѣшательству, и самое воспрепятствованіе наступленію вредныхъ результатовъ было возможно. При подобныхъ условіяхъ невмѣшательство есть нарушеніе не только моральной, но и юридической обязанности не вредить другимъ. Если же между бездѣйствіемъ обвиняемаго и смертью лица нельзя отыскать причиннаго соотношенія, даже и въ формѣ, выше указанной, то какъ бы ни было безнравственно поведеніе лица, оно не дѣлаетъ его уголовно отвѣтственнымъ за невмѣшательство, такъ какъ современное право не признаетъ общей юридической обязанности каждаго лица предупреждать нарушенія правъ другихъ.

561. Этими попытками былъ намѣченъ путь и всѣ дальнѣйшія работы должны были быть направлены къ болѣе точному выясненію тѣхъ условій, при наличности коихъ дѣятельность какого либо лица, принятіе имъ на себя извѣстной обязанности или порученія, создаетъ причинное отношеніе между его позднѣйшимъ невмѣшательствомъ и результатомъ.

Но, прежде всего, при такой постановкѣ, не утрачиваетъ ли значенія самый вопросъ о невмѣшательствѣ, такъ какъ между содѣяніемъ и невмѣшательствомъ не оказывается родоваго различія, а, наоборотъ, между ними являются промежуточныя формы, въ силу чего попытки установленія видовыхъ границъ являются крайне шаткими? Къ такому выводу приходитъ, между прочимъ, одинъ изъ нашихъ криминалистовъ, проф. Фойницкій (1), по мнѣнію котораго наука должна совершенно вычеркнуть преступное бездѣйствіе, какъ самостоятельную форму преступленія. Но съ такимъ положеніемъ согласиться нельзя; уже выше, при анализѣ смѣшанныхъ формъ дѣятельности, я указалъ на такіе случаи, когда юридическій центръ переносится на моментъ невмѣшательства, а въ чистыхъ формахъ такое перенесеніе существуетъ всегда и безусловно; какую бы зависимость невмѣшательства отъ первоначальной дѣятельности виновнаго ни положили мы въ основу теоріи невмѣшательства, во всякомъ случаѣ, можно сказать, главная роль при установленіи уголовной отвѣтственности принадлежитъ не первоначальной дѣятельности, а невмѣшательству; имъ опредѣляется существо вмѣняемаго лицу преступнаго дѣянія, свойство субъективной виновности и т. д.

На этомъ же основаніи представляется неудачнымъ поставленіе въ зависимость наказуемости невмѣшательства отъ субъективныхъ условій первоначальной дѣятельности, какъ это пытается, напр., сдѣлать Меркель (2), считая необходимымъ условіемъ отвѣтственности предвидѣніе, въ моментъ первоначальной дѣятельности, значенія своего позднѣйшаго невмѣшательства для интересовъ частныхъ и общественныхъ. Почему необходимо это условіе, по-

---

(1) Мошенничество по русскому праву, № 62.

(2) Abhandlungen, I, стр. 81. Разборъ его теоріи въ статьѣ Buri, въ Gerichtssaal за 1869 г. и у Binding'a, Normen, II, стр. 213 и сл.

іему мы можемъ произвольно останавливаться на полдорогѣ, а не требовать уже и въ этотъ первый моментъ полной субъективной виновности? Съ практической же стороны придется, при примѣненіи этого взгляда, прибѣгать къ невѣрнымъ и ненужнымъ презумпціямъ: какъ будемъ мы утверждать, что нянька, нанявшаяся къ трудному ребенку, предвидѣла уже въ этотъ моментъ случаи паденія ребенка въ воду и необходимость ея помощи? Если же мы вмѣсто подобнаго предположенія поставимъ возможность таковаго, то все ограниченіе становится мнимымъ.

562. Исправленіе глазеровской теоріи, такимъ образомъ, должно быть направлено на объективное отношеніе дѣятельности и результата. По теоріи Глазера, для отвѣтственности за невмѣшательство необходимо, чтобы первоначальная дѣятельность создала то опасное положеніе, которое окончилось правонарушительнымъ элементомъ; но такое положеніе представляется не точнымъ: можемъ ли мы дѣйствительно сказать, что опытный машинистъ, поступая на службу, взамѣнъ какого либо пьяницы, создаетъ опасное положеніе для каждаго поѣзда, на которомъ онъ будетъ исполнять свои обязанности? Да и какое значеніе имѣетъ эта характеристика первоначальной дѣятельности, какъ опасной или неправомѣрной (по теоріи Бури), когда центръ отвѣтственности заключается въ позднѣйшемъ невмѣшательствѣ?

Такую поправку даетъ между прочимъ теорія Биндинга (1), въ общихъ чертахъ сводящаяся къ слѣдующимъ положеніямъ. Для отвѣтственности за невмѣшательство необходима наличность условій, относящихся къ первоначальной дѣятельности, къ невмѣшательству и къ волѣ невмѣшавшагося. Что касается, впрочемъ, послѣдняго условія, то оно сводится къ требованію, чтобы наличность субъективной вины (умысла или неосторожности) существовала въ моментъ невмѣшательства, безотносительно къ тому, какъ харак-

(1) Normen, II, § 48, Die sogenannte Kommissivdelicte durch Unterlassung. Подробное изложеніе и разборъ его теоріи у Н. Сергѣевскаго, причинная связь, I, стр. 139—160; на тѣхъ же началахъ строитъ свое ученіе и Н. Сергѣевскій, стр. 94 и сл. Къ теоріи Биндинга примкнулъ въ послѣднемъ своемъ трудѣ и Гельшнеръ.

теризуется это условіе при первоначальной дѣятельности. Эта дѣятельность, не будучи непосредственною причиною результата, должна состоять въ томъ, что ею дѣйствующій ставитъ себя условіемъ, предназначеннымъ воспрепятствовать наступленію вреднаго результата (стр. 228) задержаніемъ содѣйствующихъ ему силъ ([1]), при чемъ такое поставленіе себя условіемъ можетъ быть учинено различнымъ путемъ, а въ томъ числѣ рѣшимостью противодѣйствовать. Невмѣшательство, такимъ образомъ, является устраненіемъ прежде поставленнаго препятствующаго условія и, тѣмъ самымъ, доставленіемъ возможности дѣйствовать другимъ, содѣйствующимъ возникновенію результата условіямъ, такъ что въ невмѣшательствѣ скрывается положительное дѣйствіе.

Но и это построеніе, вѣрное по своимъ основаніямъ, представляется крайне запутаннымъ въ своемъ развитіи. Стрѣлочникъ поступаетъ на службу не для того, чтобы предупреждать крушенія, а для того, чтобы содѣйствовать движенію, эксплуатаціи дороги; точно также и практическая сущность невмѣшательства заключается не въ томъ, что устраняется условіе, противодѣйствующее наступленію результата (рѣшимость предупреждать вредъ), а тѣмъ, что не устраняется условіе, содѣйствующее вреду (не снимается камень съ рельсовъ).

563. Между тѣмъ, все построеніе, казалось бы, могло быть значительно упрощено. Первоначальная дѣятельность должна быть такова, чтобы она опредѣлила необходимость вмѣшательства, необходимость дѣятельности лица при наступленіи извѣстныхъ условій, слѣдовательно, въ случаяхъ, насъ интересующихъ, при возможности наступленія преступныхъ результатовъ; тогда невмѣшательство, бездѣйствіе, придавая явленію другой, не предполагаемый, не желательный исходъ, дѣлаетъ невмѣшавшагося отвѣтственнымъ за этотъ исходъ.

([1]) Binding, Normen, II, 238, говоритъ: виновный не только ставитъ себя препятствующимъ условіемъ, но: а) или вмѣстѣ съ тѣмъ создаетъ положительныя условія для этого результата (обѣщаясь спасти, побуждаетъ плыть въ глубину), б) или устраняетъ другія препятствующія условія (побуждаетъ сторожа уйти съ мѣста); в) или устраняетъ возможность возникновенія препятствующаго условія (устраняетъ, напр., необходимость приглашенія другаго врача).

Для отвѣтственности за невмѣшательство необходимо, прежде сего, установить, что данное лицо своею дѣятельностью, приняіемъ на себя извѣстнаго званія, дѣятельности, иногда простымъ бѣщаніемъ, создало для себя обязанность и необходимость дальѣйшей дѣятельности: человѣкъ, взявшійся быть рулевымъ, долкенъ въ извѣстный моментъ повертывать руль направо или наѣво, человѣкъ, несущій тяжесть, долженъ во время переноса подержнвать ее, мамка обязана кормить ребенка, нянька оберегать ебенка отъ вреда и т. д.

Это вмѣшательство, приложеніе личныхъ силъ можетъ находиться или въ непрерывной цѣпи причинностей съ первоначальною ѣятельностью,—когда, напр., извозчикъ, взявшійся довезти меня о извѣстнаго пункта, долженъ не только дать направленіе своей ошади, но въ извѣстный моментъ перемѣнить это направленіе, оверпуть въ улицу, остановиться, или же это вмѣшательство южетъ отдѣляться отъ первоначальнаго дѣйствія болѣе или менѣе начительнымъ интерваломъ времени, принадлежать къ иной амостоятельной цѣпи причинностей; это вмѣшательство можетъ ыть однократное и многократное; въ послѣднемъ случаѣ оно южетъ быть однородное (переводъ стрѣлки) или разнородное заботы няньки о ребенкѣ), съ точностью опредѣленное или непредѣленное a priori и т. д.

Такимъ образомъ, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ необходимо ъ точностью выяснить, что существовало какое либо событіе, становившее обязанность вмѣшательства, что эта обязанность уществовала именно въ данный моментъ, что, однимъ словомъ, уществовала наличность всѣхъ условій, требующихъ вмѣшательтва.

Вмѣшательство сдѣлало бы данное лицо причиною извѣстнаго вленія въ томъ видѣ, какъ оно предполагалось, долженствовало ыть; невмѣшательство дѣлаетъ его причиною явленія въ томъ идѣ, какъ оно не предполагалось, не долженствовало быть; если ъ этомъ послѣднемъ случаѣ происшедшее, благодаря невмѣшаельству, явленіе имѣетъ преступный характеръ, то возникаетъ опросъ объ отвѣтственности лица не только за то, что онъ не сполнилъ обязанности, на немъ лежащей, но и за тотъ резульатъ, который при этомъ произошелъ.

Далѣе, при невмѣшательствѣ, какъ и при преступныхъ содѣяніяхъ, за установленіемъ вопроса о причинномъ соотношеніи невмѣшательства и результатовъ, возникаетъ вопросъ о субъективной виновности лица въ моментъ невмѣшательства; поэтому каждый разъ нужно установить, было ли это лицо дѣеспособно, не было ли условій, устраняющихъ вмѣненіе (напр., vis major), не было ли причинъ, устраняющихъ преступность (исполненіе закона, обязательный приказъ, крайняя необходимость), была ли наличность условій, опредѣляющихъ умышленность и неосторожность и т. д., причемъ, къ этому субъективному моменту невмѣшательства относится и установленіе самой возможности предупрежденія результатовъ.

Поэтому, невмѣшательство можетъ являться самостоятельнымъ способомъ нарушенія запретительныхъ законовъ; причемъ оно тогда только является наказуемымъ, когда, благодаря ему, лицо становится причиною явленія и когда въ моментъ невмѣшательства существуютъ субъективныя условія виновности.

564. Новые кодексы западно-европейскіе не содержатъ никакихъ особыхъ постановленій о наказуемости невмѣшательства, предоставляя рѣшеніе случаевъ этого рода доктринѣ и практикѣ ([1]).

Напротивъ того, наше уложеніе содержитъ цѣлый рядъ относящихся сюда статей: таковы, напр., постановленія о наказуемости попустительства, которыя подробнѣе будутъ изложены далѣе, въ ученіи о соучастіи. Здѣсь нельзя только не замѣтить, что теоретически наказуемость попустительства, въ томъ видѣ, какой придаетъ ему уложеніе, можетъ быть обоснована лишь теоріею общечеловѣческой обязанности помогать ближнему, и что это начало проведено въ нашемъ законѣ крайне непослѣдовательно. Попустителемъ признается лицо, имѣвшее власть или возможность предупредить совершеніе преступнаго дѣянія, но умышленно или, по крайней мѣрѣ, завѣдомо допустившее совершить оное. Но представимъ себѣ, что обвиняемый поспѣлъ въ данное мѣсто уже послѣ того, какъ ударъ былъ нанесенъ и ударившій бѣжалъ, онъ могъ

([1]) Ср. по этому предмету Глазеръ, въ Abhandlungen, стр. 326—336; нѣкоторыя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 391.

дѣлать перевязку, помочь подняться и т. д., и не сдѣлалъ этого, опустилъ причиненіе смерти; почему не примѣнимо попуститель-тво къ случаямъ этого рода? Или представимъ себѣ, что въ при-утствіи кого либо на ребенка напалъ не преступникъ, а другой ебенокъ, еще не достигшій возраста вмѣняемости, или напали обака, гусь и т. п.; присутствовавшій безъ всякаго труда могъ странить опасность, но сознательно и волимо не сдѣлалъ этого; очему онъ не признается попустителемъ и не подлежитъ никакому наказанію?

Далѣе, въ наше право въ 1845 г. было внесено особое постановленіе объ отвѣтственности за неоказаніе помощи погибающему. По роекту уложенія за это дѣяніе полагался арестъ отъ 7 дней о 3-хъ недѣль и если отъ сего произошла смерть, то и церковое покаяніе; но государственный совѣтъ устранилъ первое наказаніе и оставилъ (ст. 1521 по изд. 1885 г.) только покаяніе; то же равило повторено и въ спеціальной статьѣ 1208, имѣющей въ иду неоказаніе помощи погибающему при кораблекрушеніи. алѣе, ст. 1209 устанавливаетъ отвѣтственность за неоказаніе омощи для спасенія грузовъ или товаровъ съ корабля, претерпѣвающаго крушеніе, причемъ, въ случаяхъ этого рода сохранилось о наказаніе, арестъ до 3-хъ мѣсяцевъ, какое было предположено ъ проектѣ, такъ что въ результатѣ оказывается, что человѣкъ, еоказавшій помощи для спасенія бочки съ саломъ, наказывается о уложенію въ уголовномъ порядкѣ, а человѣкъ, не вытащившій тонающаго, подлежитъ только религіозному взысканію.

Къ этому нельзя не прибавить, что эти особыя постановленія неоказаніи помощи не исключаютъ возможности примѣненія ъ случаямъ причиненія смерти или разстройства здоровья невмѣательствомъ—общихъ постановленій объ убійствѣ, какъ это остоянно признавала и наша практика [1] и какъ это указывается ѣкоторыми спеціальными постановленіями объ убійствѣ (ст. 1207, 460, 1519, 1520), о бездѣйствіи власти (ст. 342, 446) и т. д.

565. *Причинная связь* [2]. Преступное дѣяніе предполагаетъ оплощеніе воли во внѣ, только это во внѣ существующее посяга-

(1) Ср. примѣры въ моемъ курсѣ, II, № 392, пр. 141.

(2) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 394, пр. 144; П. Сергѣевскій, о значеніи причинной связи въ уголовномъ правѣ, 2 вып. 1880 г.; у него

тельство придаетъ субъективной виновности лица значеніе нака
зуемаго дѣянія. Тамъ, гдѣ виновность воплощается полностью в
дѣйствіи или бездѣйствіи лица, для отвѣтственности достаточн
только констатированія этой внѣшней оболочки вины; но тамъ
гдѣ для полнаго состава преступнаго дѣянія требуется наличност
извѣстныхъ результатовъ, иногда значительно отдаленныхъ п
мѣсту и времени отъ самаго дѣйствія, вопросъ осложняется, так
какъ для отвѣтственности необходимо доказать, что эти результат
вызваны дѣйствіемъ или бездѣйствіемъ лица, что между ним
существуетъ причинная связь.

Предположимъ, что лицо, имѣющее умыселъ лишить другаг
жизни, осуществило его, выстрѣлило въ жертву и жертва вслѣд
за выстрѣломъ умерла; этихъ данныхъ все таки недостаточно дл
признанія наличности полнаго состава убійства, если мы не доба
вимъ къ приведеннымъ указаніямъ, что пуля попала въ жертву
смерть послѣдовала отъ нанесенной раны, такъ какъ если стрѣляв
шій не попалъ въ жертву и она умерла вслѣдствіе разрыва серди
или вслѣдствіе удара, обрушившагося въ то время камня и т. п., т
дѣйствіе виновнаго будетъ только покушеніемъ, а не оконченным
убійствомъ.

Это ученіе о причинной связи играетъ важную роль не тольк
при установленіи состава отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, но
при изложеніи общаго ученія о преступномъ дѣяніи, такъ как
за ничтожными исключеніями, достиженіе преступнаго результат
предполагаетъ присоединеніе къ нашей дѣятельности цѣлаго ряд
разнообразныхъ силъ физическихъ и, притомъ, присоединеніе н

подробное и обстоятельное изложеніе различныхъ теорій по вопросу о причинно
связи, а на стр. 14 втораго выпуска указанія на новѣйшую литературу. Ср. такж
Колоколовъ, о соучастіи, 1881 г. Изъ нѣмецкихъ монографій можно указать: Ва
Die Lehre von Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, 1871 г
Buri, Causalität und deren Verantwortung, 1873 г.; его же, Abhandlungen aus de
Strafrechte, 1878 г., II, Verursachung und unterlassene Verhinderung; его же, D
Causalität und ihre strafrechtliche Beziehungen, 1885 г.; сверхъ того, рядъ стате
въ архивѣ Гольдаммера и въ Gerichtssaal; H. Lammasch, Handlung und Erfol
въ Zeitschrift für das privat und öffent. Recht, 1882 г., № 2; Birkmeyer über Ursache
begriff und Causalzusammenhang im Strafrecht; въ Gerichtssaal за 1885 г., стр
257—357. Ср. также приведенную выше литературу о преступномъ невмѣн
тельствѣ.

олько одновременное съ дѣйствіемъ, но и послѣ него, въ теченіи иногда значительнаго промежутка, отдѣляющаго дѣйствіе или бездѣйствіе отъ момента наступленія результата.

566. Въ законодательствахъ вопросъ о причинной связи былъ затронутъ только въ новѣйшее время и то въ спеціальномъ примѣненіи къ убійству; такое постановленіе содержало баварское уложеніе 1813 г., допускавшее вмѣненіе смертельнаго исхода и въ омъ случаѣ, когда смерть послѣдовала только благодаря содѣйствію посторонних сил, вызванныхъ виновнымъ. Подобныя же постановленія перешли и въ другіе партикулярные кодексы, включая сюда прусскій 1851 г. и баварскій 1861 г.; только саксонскій кодексъ перенесъ эти постановленія изъ особенной части въ общую, новый германскій кодексъ вовсе не упоминаетъ о причинной связи, предоставляя рѣшеніе вопроса доктринѣ и практикѣ (1).

Также умалчиваютъ объ этомъ кодексы французскій, бельгійскій, олландскій и венгерскій.

Французскій кассаціонный судъ, въ рѣшеніи 12 Іюля 1844 г., усвоилъ систему, выставленную оберъ-прокуроромъ Дюпеномъ: смерть должна быть вмѣняема виновному, хотя бы раны и побои не были единственною причиною смерти, а она зависѣла и отъ физическаго сложенія умершаго; виновникъ отвѣчаетъ за убійство, какъ скоро онъ ускорилъ наступленіе смерти (2); а французскіе комментаторы предлагаютъ, по примѣру англійскаго права, принять извѣстный срокъ (напр., Эли—40 дней), по истеченіи коего послѣдствіе не могло бы быть вмѣняемо дѣятелю, какъ причина.

Въ нашемъ правѣ первыя и довольно подробныя постановленія по этому вопросу появились въ воинскомъ и въ морскомъ уставахъ Петра Великаго; позднѣе правила о вмѣненіи результатовъ при убій-

---

(1) Мотивы къ германскому уложенію, I, стр. 112, II, стр. 71, выставили такое начало: если виновный желалъ извѣстнаго послѣдствія и его дѣйствія были направлены къ осуществленію желаемаго, то для вмѣненія ему этого послѣдствія безразлично содѣйствіе и такихъ обстоятельствъ, на которыя виновный не расчитывалъ. Подробныя указанія о причинной связи даны были Reichsgericht'омъ, въ рѣшеніи 28 сент. 1881 г. (Entsch. V, № 9); другія его рѣшенія указаны у Листа, стр. 111, прим. 4 и 5.

(2) Ср. Blanche, Etudes, IV, № 579; F. Hélie, IV, № 1198.

ствѣ и тѣлесныхъ поврежденіяхъ, были преподаны въ наставлені
врачамъ 1828 г. и вошли въ XIII т. свод. зак., въ главу XI, книг
3-ю. Уставъ ставитъ, какъ основное положеніе, опредѣленіе смер
тельности поврежденій по особенностямъ даннаго случая, такъ чт
смертельными должны быть считаемы только тѣ поврежденія, кото
рыя, при данныхъ обстоятельствахъ, повлекли смерть; при этом
допускается вмѣненіе и въ тѣхъ случаяхъ, когда къ дѣйствію лиц
присоединились посторонніе силы, благодаря коимъ и могла про
изойти смерть, если только силы были вызваны самимъ поврежде
ніемъ (ст. 1864), когда, напр., кто либо былъ раненъ въ отдален
номъ или уединенномъ мѣстѣ, гдѣ некому было подать помощи
онъ потерялъ много крови или простудился, и эта потеря крови
хотя и отвратимая при благопріятныхъ обстоятельствахъ, стоил
ему жизни (1). Уложеніе дѣйствующее и проектъ не содержатъ
причинной связи никакихъ постановленій.

567. Въ средневѣковой доктринѣ вопросъ о причинной связ
также разсматривался спеціально при убійствѣ (2) и самое понятi
«причиненія», благодаря въ особенности стремленію смягчит
суровость наказаній, понималось весьма ограниченно. Для вмѣнені
требовалось: во 1-хъ, чтобы результаты были вызваны исключи
тельно дѣйствіями виновнаго, какъ, напр., смерть отъ выстрѣл
въ упоръ; привхожденіе какихъ либо иныхъ силъ, содѣйствовав
шихъ наступленію результата, устраняло вмѣненіе этого результат
Этотъ взглядъ, по указанію Штюбеля (§ 153), велъ на практик
къ тому, что при вскрытіи трупа безусловно требовалось вскрыт
всѣхъ главныхъ полостей: брюшной, грудной и головной, такъ чт
если, напр., въ полости головы была найдена безусловно смертел
ная рана, снесенъ весь черепъ и разбрызганъ мозгъ, а затѣм
грудная полость не была вскрыта, то не могло быть назначено
ординарное наказаніе, въ томъ соображеніи, что въ груди могл

---

(1) Подробно изложены эти постановленія въ моемъ изслѣдованіи о престу
леніяхъ противъ жизни, I, №№ 99 и 103; тамъ же примѣры изъ нашей судеб
ной практики.

(2) Ср. историческій очеркъ въ статьяхъ Миттермайера, Die Lehre von d
Herstellung des Thatbestandes in Bezug auf die Tödtlichkeit von Verletzungen
Gerichtssaal за 1855 и 1856 г.

быть такіе пороки и болѣзни, которые могли причинить смерть независимо отъ главнаго поврежденія или, по крайней мѣрѣ, содѣйствовать ему. Съ другой стороны, для полнаго вмѣненія требовалось, чтобы поврежденіе было безусловно смертельно, такъ чтобы и немедленно оказанная помощь не могла отвратить смерти. Какъ свидѣтельствуетъ Штюбель (§ 137), за отравленіе назначалось, напр., не полное наказаніе, а экстраординарное, если смерть могла быть отвращена своевременною дачею противоядія.

568. Противъ такой постановки вопроса о причинности и была направлена работа Штюбеля (1), получившая значеніе классическаго труда по общей части уголовнаго права.

Можно ли дѣйствительно въ сферѣ конечныхъ явленій говорить объ исключительной причинности? Тѣ результаты, которые мы называемъ непосредственными, такъ же мало могутъ возникнуть изъ однихъ дѣйствій человѣка, какъ и посредственные; для причиненія требуется цѣлая масса условій окружающей среды, рядъ содѣйствующихъ силъ: виновный убилъ на повалъ выстрѣломъ, далъ ядъ, причинившій моментальную смерть; но какъ много должно присоединиться къ мускульнымъ движеніямъ виновнаго разнообразныхъ физическихъ или физіологическихъ силъ, для того чтобы произошелъ выстрѣлъ, разрушилась жизнь!

Этому конкретному представленію о сложномъ характерѣ причиненія соотвѣтствуетъ и отвлеченное понятіе причины, какъ совокупности предыдущихъ, за которыми необходимо должно послѣдовать данное явленіе (2). Съ этой точки зрѣнія, причина явленія есть понятіе сложное; она заключаетъ въ себѣ сумму условій, вызвавшихъ явленіе, и притомъ условій, какъ сосуществующихъ въ данное время, такъ и послѣдовательно смѣнявшихъ другъ

(1) Ueber den Thatbestand der Verbrechen., 1805 г. Болѣе подробное изложеніе его положеній у Н. Сергѣевскаго, причинная связь, II, стр. 6.

(2) Метафизическаго понятія о причинѣ, какъ о передающейся силѣ, какъ о внутренней таинственной связи явленій, я вовсе не касаюсь, такъ какъ это понятіе не имѣло никакого отношенія къ ученіямъ уголовнаго права. Ср. Колоколовъ, соучастіи, стр. 5 и сл.

друга [1], такъ что, разъ ставъ на такую точку зрѣнія зависимост явленій, восходя отъ явленія къ его предыдущимъ и послѣдую щимъ, мы мысленно воспроизводимъ ту безконечную цѣпь при чинностей, въ которой и выражается бытіе окружающаго нас міра.

569. До-штюбелевская теорія исключительной причинност крайне ограничивала вмѣненіе послѣдствій, создавала положеніе н вѣрное и практически и теоретически; но къ какимъ результатам приводитъ противоположный взглядъ?

Дѣйствіе человѣка никогда не можетъ быть исключительною при чиною событія: оно всегда является только однимъ изъ условій ег воспроизведенія; слѣдовательно, нельзя ли сдѣлать отсюда и обрат ное заключеніе, что дѣйствіе человѣка можетъ быть признаваем причиною событія, какъ скоро оно было однимъ изъ условій, ег вызвавшихъ?

Такое широкое воззрѣніе на понятіе уголовной причинности был выставлено въ новой германской литературѣ съ половины пятиде сятыхъ годовъ.

Разъ извѣстное лицо, замѣтилъ еще Кестлинъ въ Neue Revision совершило какое либо дѣйствіе, оно положило жизнью одаренно яйцо въ общую цѣпь міровыхъ явленій и какъ бы мало ни был участіе его въ причиненіи извѣстнаго результата, если только эт участіе существуетъ, то недѣлимость самого результата даетъ прав поставить его цѣликомъ на счетъ виновному, такъ какъ безъ ег дѣйствія событіе въ данный моментъ, въ данномъ мѣстѣ и въ дан ной формѣ совершиться не могло.

На той же почвѣ метафизическаго ученія причинности строит свою теорію Глазеръ [2]. Для разрѣшенія вопроса о бытіи причин

---

(1) Д. С. Милль, логика, I, глава 5-я § 3 и сл., замѣчаетъ: говоря научным языкомъ, причина заключается въ суммѣ положительныхъ и отрицательных условій, въ совокупности дѣяній разнаго рода, за которыми непремѣнно слѣ дуетъ извѣстный результатъ, коль скоро они дѣйствительно реализируются Для понятія причины, въ смыслѣ, нами ему придаваемомъ, необходимо думать н только, что за предыдущимъ всегда слѣдуетъ послѣдующее, но также, что пок не измѣнятся нынѣ существующія свойства вещей, оно и будетъ слѣдовать.

(2) Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1858 г., стр. 298.

ной связи, говоритъ онъ, необходимо попытаться выдѣлить дѣйствія виновнаго изъ общей суммы явленій, опредѣлившихъ данное событіе, и если окажется, что, не смотря на то, послѣдствія наступили бы, рядъ промежуточныхъ причинъ сталъ бы дѣйствовать въ томъ же порядкѣ, то данныя послѣдствія не могутъ быть приписываемы обвиняемому какъ причинѣ; если же, напротивъ, окажется, что за выдѣленіемъ его дѣйствій результатъ не воспослѣдовалъ бы, или событіе совершилось бы не въ томъ порядкѣ, то мы должны признать это лицо виновникомъ происшедшаго результата.

570. Всего полнѣе развилъ эту теорію Бури, являющійся, въ его безчисленныхъ статьяхъ по данному вопросу, главнымъ ея представителемъ.

«Разсматривая», говоритъ онъ (¹), «послѣдствіе, возникшее изъ дѣйствія различныхъ силъ, мы увидимъ, что если представить себѣ хотя одно изъ этихъ дѣйствій не происходившимъ, если выдѣлить какую либо одну изъ этихъ силъ, то и самое послѣдствіе въ конкретной его обстановкѣ измѣнится. Это значитъ, другими словами, что для послѣдствія, возникшаго изъ совокупнаго дѣйствія различныхъ силъ, всякая отдѣльная сила есть conditio sine qua non, поэтому всякая отдѣльная сила, въ томъ числѣ и дѣйствіе человѣка, хотя бы изолированная отъ другихъ, она и не могла произвести послѣдствія, должна быть признана отвѣтственною за послѣдствіе въ полномъ его объемѣ, въ виду недѣлимости результатовъ. Простое содѣйствованіе задуманному и дѣйствительно происшедшему послѣдствію дѣлаетъ человѣка отвѣтственнымъ за все послѣдствіе. . . . . Эта причинная связь есть чисто объективное явленіе, которое не можетъ быть ни установлено, ни устранено знаніемъ и сознаніемъ, и поэтому причинная связь должна быть принимаема и тогда, когда дѣйствующій не имѣлъ

(¹) Въ первомъ его изслѣдованіи, zur Lehre von der Tödtung, въ архивѣ Гольтдаммера за 1863 г., стр. 753; позднѣе, онъ нѣсколько измѣнилъ это воззрѣніе, въ особенности отказался отъ отождествленія причиненія съ виновностью, и различилъ вмѣненіе результатовъ при умыслѣ и неосторожности и т. п.; но я указываю на его первоначальное ученіе потому, что меня интересуетъ не взглядъ Бури на причинную связь, а возможная постановка самаго вопроса. Указанія на позднѣйшія воззрѣнія Бури—у Н. Сергѣевскаго, II, стр. 30 и сл.

*

никакого предварительнаго знанія о томъ дѣйствіи, которое позднѣе присоединилось къ его дѣйствію . . . . И только въ томъ случаѣ уничтожается причинная связь, когда данный результатъ произведенъ силою, не только не находящеюся ни въ какомъ отношеніи къ дѣйствію виновнаго, но даже какъ бы исключающею изъ производимыхъ ею результатовъ всю дѣятельность этого лица». Въ статьѣ о причинной связи, 1873 г. (стр. 1), Бури такъ резюмируетъ основное свое положеніе. «Если мы хотимъ выяснить причинность какого либо конкретнаго явленія, то мы должны установить въ послѣдовательномъ порядкѣ всѣ силы, которыя проявили какую либо дѣятельность, направленную къ воспроизведенію даннаго явленія. Всю сумму этихъ силъ мы разсматриваемъ, какъ причину явленія. Но съ такимъ же правомъ каждая изъ этихъ причинъ въ отдѣльности, сама по себѣ, можетъ быть разсматриваема, какъ причина явленія, такъ какъ его бытіе настолько зависитъ отъ каждой отдѣльной силы, что если изъ общей цѣпи причинностей мы выдѣлимъ какую либо отдѣльную силу, то не возникнетъ и самое явленіе. Такимъ образомъ, каждая отдѣльная сила дѣлаетъ жизнетворною всю мертвую массу прочихъ отдѣльныхъ силъ,—только благодаря каждой отдѣльной силѣ всѣ прочія дѣлаются причиною явленія» (1).

Но простота этого построенія не искупаетъ его теоретическихъ и практическихъ недостатковъ.

Представимъ себѣ, что кто либо выстрѣлилъ въ другого съ цѣлью лишить его жизни; выстрѣлъ причинилъ легкую рану, но это обстоятельство заставило раненаго остаться еще на день въ томъ городѣ, изъ котораго онъ сбирался уѣхать; затѣмъ, на другой день, когда раненый проходилъ по улицѣ, обвалился карнизъ дома и задавилъ его. Въ чемъ мы будемъ обвинять выстрѣлив-

(1) Воззрѣніе Бури, что всякое условіе есть причина, и что человѣкъ отвѣчаетъ за результатъ, какъ скоро его дѣятельность является однимъ изъ условій наступленія результата, вполнѣ принимается и германскимъ Reichsgericht'омъ въ многочисленныхъ его рѣшеніяхъ. Ср. Birkmeyer, прим. 59. Биркмейеръ замѣчаетъ, что это совпаденіе вполнѣ объясняется вліяніемъ Бури, какъ члена имперскаго суда; оттого по многимъ вопросамъ общей части въ этихъ рѣшеніяхъ не только проводятся взгляды Бури, но и его доводы, даже способъ выраженій. Къ сторонникамъ этого же воззрѣнія нужно отнести Листа, Lehrbuch, стр. 110; Janka, österr. Strafrecht, стр. 66.

шаго,—въ покушеніи на убійство или въ оконченномъ убійствѣ? По мнѣнію Бури, нужно принять послѣднее, такъ какъ въ числѣ условій, опредѣлившихъ смерть, было дѣйствіе виновнаго; не будь раны, умершій уѣхалъ бы днемъ раньше и несчастіе не воспослѣдовало бы. Или: воръ взламываетъ замокъ у сундука, но не успѣваетъ украсть, такъ какъ ему помѣшали; на другой день другое лицо, безъ соглашенія съ первымъ, совершаетъ кражу изъ этого сундука, въ который оно могло проникнуть только благодаря ранѣе учиненному взлому;—по теоріи Бури первый воръ, совершившій только взломъ, долженъ будетъ отвѣчать за оконченную кражу и т. д. Въ тѣхъ случаяхъ, когда рѣчь идетъ о вмѣненіи умышленныхъ дѣяній, такіе примѣры могутъ не представляться особенно поразительными, такъ какъ виновный, покушаясь на осуществленіе задуманнаго, учинилъ наказуемое дѣяніе; но примѣненіе этого положенія къ вмѣненію послѣдствій неосторожности приведетъ къ выводамъ безусловно несостоятельнымъ (1).

Но, кромѣ того, и самыя основныя положенія этого взгляда являются и недостаточными, и невѣрными: во 1-хъ, если причиною какого либо событія является только вся сумма его предшествующихъ, то отсюда естественный выводъ, что ни одно предъидущее, въ отдѣльности, не можетъ быть почитаемо причиною; но ни какъ не противоположный выводъ, что каждое предыдущее является причиною; во 2-хъ, если каждое предыдущее должно быть признаваемо причиною, то отсюда отнюдь не слѣдуетъ, что этому предыдущему всегда вмѣнялся результатъ полностью, въ томъ предположеніи, что результатъ не дѣлимъ; событіе можетъ быть столь сложнымъ, что отдѣльные его элементы могутъ имѣть свои предыдущіе; потому нѣтъ никакого основанія не вмѣнять этому предыдущему только корреспондирующую ему часть событія. Представимъ себѣ, что раненый умеръ въ комнатѣ, въ которую онъ былъ перенесенъ по распоряженію доктора; въ числѣ условій,

---

(1) Эти указанія были сдѣланы еще Geyer'омъ въ его статьѣ: zur Lehre vom dolus generalis und vom Causalzusammenhang, въ архивѣ Гольдаммера, 1865 г., стр. 245; самъ Бури призналъ справедливость этихъ указаній (въ особенности въ Gerichtssaal, 1877 г., стр. 270), а потому и пытался создать особыя условія вмѣненія результатовъ при неосторожности.

опредѣлившихъ данное событіе, съ его конкретною обстановкою мѣста и времени, конечно, находится и распоряженіе доктора, безъ котораго раненый умеръ бы въ другомъ мѣстѣ; но можемъ ли мы сказать, держась теоріи недѣлимости результата, что докторъ есть причина смерти раненаго (¹)?

571. Такимъ образомъ, теорія отождествленія каждаго отдѣльнаго условія съ причиною приводитъ къ признанію безграничной причинности, а потому и представляется несостоятельною; поэтому необходимо пріискать такія основанія, которыя давали бы возможность ограничить понятіе причины. Такія ограниченія дѣлались двоякимъ образомъ: или на основаніяхъ субъективныхъ, или объективныхъ.

По воззрѣніямъ первой группы, со стороны объективной понятіе причины безгранично; но это понятіе находитъ свои естественныя границы въ условіяхъ субъективныхъ, причинность должна быть отождествлена съ виновностью: я могу быть признанъ причиною только такого результата, который можетъ быть мнѣ вмѣненъ въ умыселъ или неосторожность.

Въ оригинальной формѣ выразилось это ученіе у Бара (²): причиною, говоритъ онъ, должно быть почитаемо только такое условіе, которымъ измѣняется теченіе событій, представляющееся въ прочихъ своихъ частяхъ для насъ нормальнымъ. Человѣкъ (или человѣческое дѣйствіе) является въ юридическомъ смыслѣ причиною явленія лишь на столько, на сколько его дѣйствіе составляетъ условіе, измѣняющее совершающіяся, по естественному порядку вещей, явленія человѣческой жизни. Поэтому причиною преступнаго дѣянія можетъ быть почитаемо только такое дѣйствіе, которое отклоняется отъ правильнаго порядка жизни (Ursache ist von der Regel des Lebens abweichende Handlung). Но чѣмъ же опредѣляется

(¹) Ср. Меркель, въ разборѣ учебника Гельшнера въ Zeitschrift, I, стр. 578; Birkmeyer, въ особенности прим. 71.

(²) Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrecht, 1871 г.; изложеніе и разборъ его теоріи у Lammasch, Handlung und Erfolg, стр. 262; Birkmeyer, стр. 259; Н. Сергѣевскій, II, стр. 112 и сл. Противъ попытки Бара высказались: Гейеръ, Биндингъ, Вехтеръ, Гельшнеръ, Листъ и др.

согласіе или несогласіе съ правилами жизни въ области человѣческой дѣятельности? Конечно, не физическими свойствами событія, даже не подмѣченною правильностью его повтореній, а соотвѣтствіемъ его съ законами морали или права; поэтому Баръ и приходитъ къ такому выводу, что въ юридическомъ смыслѣ причиною являются только противонравственныя и противоправовыя дѣянія, а такъ какъ противозаконно можно дѣйствовать только умышленно или неосторожно, то дѣйствующій умышленно будетъ прямою, а дѣйствующій неосторожно—непрямою причиною (1).

Несостоятельность теоріи Бури всего яснѣе выступаетъ при вмѣненіи преступныхъ послѣдствій неосторожности, а теорія Бара въ особенности не приложима къ вмѣненію послѣдствій умышленныхъ. Я буду дѣйствовать согласно съ правилами жизни, если я проявлю, по отношенію къ моимъ дѣйствіямъ, полную заботливость и вниманіе, въ видахъ устраненія ихъ вредныхъ послѣдствій, и если, несмотря на это, отъ моего дѣйствія возникло преступное послѣдствіе, то я за него не только не отвѣчаю, но вмѣстѣ съ тѣмъ не могу быть почитаемъ и причиною этого событія. Но попробуемъ примѣнить это положеніе къ умышленнымъ преступнымъ дѣяніямъ: я хочу убить другаго, я стрѣляю въ него, онъ умираетъ; всегда ли я долженъ быть признанъ не только наказуемымъ за осуществленіе моего умысла, но и причиною смерти? Въ дѣйствительности теорія Бара никакого отвѣта не даетъ. Всякое дѣйствіе, предпринятое мною для осуществленія преступнаго умысла, не согласно съ правилами жизни и, слѣдовательно, такое дѣйствіе будетъ причиною всѣхъ событій, для которыхъ оно будетъ однимъ изъ опредѣляющихъ условій, какъ бы ни были разнообразны тѣ силы, которыя привели къ дѣйствію, въ какомъ бы отношеніи онѣ къ ней ни состояли.

Къ практической безпомощности этой теоріи присоединяется и та, бьющая въ глаза, теоретическая несообразность, что причинность признается только при противозаконныхъ поступкахъ, что міровое, всю область конечныхъ явленій объемлющее, начало замѣняется ограниченнымъ этическимъ положеніемъ. По теоріи

---

(1) Дѣйствующій согласно съ правилами жизни, говоритъ онъ (Causalzusammenhang, стр. 88), не можетъ быть виновенъ ни въ умыслѣ, ни въ неосторожности; см. примѣры у Birkmeyer, пр. 12.

Бара, человѣкъ, выстрѣлившій въ другого и убившій его, будетъ причиною, если дѣйствовалъ съ преступною цѣлью, и не будетъ причиною, если стрѣлявшій находился въ состояніи необходимой обороны.

572. По теоріи Бара, установленіе виновности лица по отношенію къ преступному дѣянію, заключаетъ въ себѣ и установленіе причинности, виновность постулируетъ причинность; а потому самое понятіе виновности умышленной и неосторожной строится независимо отъ объективныхъ условій причинности (1).

Съ инымъ характеромъ является другая попытка того же направленія, сдѣланная Н. Сергѣевскимъ, въ его изслѣдованіи о причинной связи (2). Сергѣевскій выходитъ изъ понятія о причинной связи, построенной по началамъ теоріи Бури. Каждый элементъ предыдущаго, говоритъ онъ (I, стр. 21 и сл.), является безусловно необходимымъ для послѣдующаго; каждый изъ нихъ есть необходимое условіе послѣдующаго; всѣ они въ совокупности суть причина явленія....; но по принятой въ русскомъ и другихъ языкахъ терминологіи обыкновенно называютъ причиною лишь одинъ изъ предшествующихъ фактовъ, другіе же называютъ условіями. Эти отдѣльныя условія г. Сергѣевскій не только называетъ причинами, но онъ дѣйствительно считаетъ ихъ таковыми, повторяя (стр. 23) слова Бури: «всякая отдѣльная сила придаетъ жизнь мертвой массѣ всѣхъ прочихъ отдѣльныхъ силъ, одна сила дѣлаетъ

---

(1) Хотя въ дальнѣйшемъ развитіи своей теоріи Баръ употреблялъ иногда такія выраженія или такіе примѣры, въ виду которыхъ его теорія является какъ бы прототипомъ теоріи Н. Сергѣевскаго. Ср. примѣры въ изложеніи его теоріи у Сергѣевскаго, II, стр. 119. Крайне субъективной теоріи держится Колоколовъ, ученіе о соучастіи, стр. 34 и сл.

(2) Въ пособіяхъ, стр. 333, г. Сергѣевскій, на первый взглядъ нѣсколько иначе смотритъ на причиненіе, говоря, что для отвѣтственности достаточно, если виновный былъ однимъ изъ условій и если его дѣятельность можетъ быть ему вмѣнена въ dolus и culpa; но въ дѣйствительности онъ остался при прежнемъ взглядѣ, такъ какъ всѣ его разсужденія о предвидѣніи комбинаціи присоединяющихся силъ и о различіи силъ совпадающихъ и присоединяющихся, повторены въ изложеніи ученія о содержаніи умысла (стр. 308 и сл.). Болѣе подробный разборъ теоріи проф. Сергѣевскаго былъ сдѣланъ мною въ журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., № 3.

и всѣ остальныя причинами».... «Дѣйствіе человѣка», продолжаетъ Сергѣевскій (стр. 26), «тогда только можетъ быть признано причиною запрещеннаго явленія, когда оно входитъ въ число его условій; всякое дѣйствіе человѣка, служащее условіемъ явленія, есть въ то же время и его причина; нѣтъ причинъ главныхъ и второстепенныхъ, а всѣ онѣ одинаково необходимы для воспроизведенія явленія.... Слѣдуетъ только мысленно выдѣлить это дѣйствіе изъ всей суммы предшествующихъ фактовъ, и если окажется, что, несмотря на то, послѣдствія наступили бы въ томъ же порядкѣ, то это значитъ, что эти послѣдствія не могутъ быть приписаны обвиняемому; если же, напротивъ того, окажется, что за выдѣленіемъ дѣйствій обвиняемаго, результатъ не воспослѣдовалъ бы, или, хотя бы и воспослѣдовалъ, но не въ томъ порядкѣ, то это значитъ, что данное лицо есть причина происшедшаго результата.... При этомъ (стр. 35), причиною можетъ быть всякое дѣйствіе человѣка, въ какую бы форму оно ни облекалось». Но такимъ образомъ получается только общее понятіе о причинной связи, а для вмѣненія учиненнаго, хотя эта общая связь и необходима, но необходимы и другія условія, — необходимо построеніе ограниченнаго понятія о причинѣ.

Такимъ ограниченіемъ, по мнѣнію автора (стр. 38), являются субъективныя условія вмѣненія: только то можетъ быть признано причиною, что не выходитъ за предѣлы вмѣненія въ вину за dolus или culpa.

Но этотъ выводъ, выставленный и Баромъ, въ сущности практически ни на что не пригоденъ: виновный выстрѣлилъ съ цѣлью лишить кого либо жизни, ранилъ жертву, раненый, брошенный въ полѣ, умеръ, но отъ того, что его загрызли волки, можно ли выстрѣлившаго признать виновнымъ въ оконченномъ убійствѣ, т. е. можно ли его дѣйствіе считать причиною смерти? На это отвѣчаютъ: да, если эту смерть можно вмѣнить въ умыселъ; но подобный отвѣтъ или слишкомъ широкъ, или совершенно неопредѣлененъ: онъ широкъ, если для утвердительнаго отвѣта нужно только сказать, что виновный желалъ смерти и сознавалъ свое дѣйствіе (выстрѣлъ); онъ совершенно неопредѣлененъ, если прибавить, что онъ сознавалъ, что причиняетъ смерть, и желалъ не только смерти, но и даннаго причиненія смерти.

На эту послѣднюю точку зрѣнія становится однако проф. Сергѣевскій и даетъ рядъ крайне неопредѣленныхъ положеній объ отношеніи сознанія дѣйствующаго къ привходящимъ силамъ и ихъ взаимодѣйствію, постоянно смѣшивая (стр. 44) предвидѣніе послѣдствія (смерть) съ предвидѣніемъ порядка наступленія послѣдствія (смерть отъ загрызенія раненаго волками), дѣйствительное предвидѣніе, какъ условіе умысла, и возможность предвидѣнія, какъ условіе неосторожности. Такъ, онъ говоритъ (стр. 45): «только тѣ явленія могутъ быть вмѣнены человѣку, которыя проистекли изъ дѣйствій его, совершившихся при возможности ихъ предвидѣнія.... Мы можемъ предвидѣть явленіе только тогда, когда знаемъ соотвѣтствующую ему комбинацію силъ и фактовъ....; но въ каждомъ конкретномъ случаѣ остается цѣлая масса подробностей и признаковъ, предвидѣніе или непредвидѣніе которыхъ не имѣетъ никакого значенія для вмѣненія дѣянія». Далѣе (стр. 60), «причинная связь дѣйствія человѣка и результата существуетъ только тогда, когда онъ сознавалъ или могъ сознавать комбинацію предыдущихъ силъ, зналъ или могъ знать ихъ дѣйствіе, и это условіе сохраняетъ свое полное значеніе, какъ бы ни было велико осложненіе въ развитіи явленія, сколь бы ни было велико число промежуточныхъ фактовъ, событій и силъ»; но затѣмъ, самъ авторъ приводитъ слова Гейера, что: «при такомъ требованіи пришлось бы наказывать какъ убійцу только того, кто имѣетъ правильныя понятія о физіологическомъ значеніи тѣлесныхъ поврежденій»; почему и оказывается, что это обязательное предвидѣніе не распространяется на совпадающія силы, предусмотрѣніе которыхъ въ отдѣльности не необходимо, а въ большинствѣ случаевъ даже невозможно. Поэтому, говоритъ онъ (стр. 68), переходя, незамѣтно для себя, съ субъективной на объективную почву, вся масса присоединяющихся силъ можетъ быть разбита на двѣ категоріи: силъ совпадающихъ и силъ привступающихъ... Незнаніе и непредусмотрѣніе какой нибудь изъ совпадающихъ силъ не прерываетъ причинной связи между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ; наоборотъ, незнаніе и непредусмотрѣніе силы привступающей, прерываетъ причинную связь безусловно. Положеніе это имѣетъ одинаковое значеніе какъ для тѣхъ случаевъ, когда дѣятель предвидѣлъ послѣдствіе,

такъ и для тѣхъ, когда онъ не предвидѣлъ, но могъ и долженъ былъ предвидѣть.

Затѣмъ, однако, остается безъ всякаго разрѣшенія рядъ вопросовъ: какъ же отдѣлить силы совпадающія отъ силъ привходящихъ, почему для вмѣненія необходимо предвидѣніе или возможность предвидѣнія силъ привходящихъ и не требуются таковыя относительно силъ совпадающихъ? И, наконецъ, остается необъяснимымъ, вмѣнять ли въ умыселъ или въ неосторожность тотъ случай, когда дѣйствующій желалъ послѣдствія, направлялъ на него свою дѣятельность, но не предвидѣлъ, а только могъ предвидѣть присоединеніе привходящихъ силъ?

Невѣрность выводовъ теорій какъ Бара, такъ и Сергѣевскаго лежитъ, по моему мнѣнію, въ самой попыткѣ объединить понятія виновности и причинности, между тѣмъ какъ, по справедливому замѣчанію Листа ([1]), «самое строгое отдѣленіе этихъ обоихъ вопросовъ составляетъ необходимое предположеніе пониманія какъ ученія о виновности, такъ и ученія о причинной связи». Также естественно и необходимо это различеніе и въ практическомъ отношеніи: наказуема не субъективная виновность сама по себѣ и не объективная причинность, а только виновная причинность: гдѣ нѣтъ причиненія, нѣтъ вмѣненія, но гдѣ есть причиненіе, не всегда еще есть вмѣненіе; судъ долженъ констатировать, прежде всего, совершилось ли событіе, затѣмъ установить, что оно было дѣяніемъ подсудимаго или, другими словами, что подсудимый былъ его причиною, и уже въ заключеніе рѣшить, должно ли оно быть ему вмѣнено въ вину, умышленную или неосторожную ([2]).

573. Еще болѣе значительное разнообразіе представляютъ попытки ограниченія понятія причинности на почвѣ объективной.

([1]) Lehrbuch, стр. 110; также Гейеръ, Grundriss, § 33; Гельшнеръ, Birkmeyer, стр. 258; германскій Reichsgeriht въ своихъ рѣшеніяхъ также неоднократно высказывалъ ту мысль, что эти два понятія взаимно не покрываютъ другъ друга; Н. Сергѣевскій, II, стр. 174, приходитъ къ противоположному выводу, говоря, что всѣ попытки опредѣлить понятія причины на почвѣ объективной окончательно не удались, а рѣшенія вопроса нужно искать въ субъективныхъ условіяхъ дѣйствія.

([2]) Ср. Geyer, Grundriss, § 33.

Выходя изъ того, что причиною можетъ быть только одно изъ предшествующихъ событію условій, что, съ другой стороны, не правильно и практически непригодно считать причиною всякое условіе, естественно искать характеристическаго признака причинности въ преобладающемъ значеніи отдѣльныхъ условій.

Такова попытка, сдѣланная Биндигомъ [1] въ его теоріи равновѣсія (Gleichgewichtstheorie). Всякое измѣненіе во внѣшнемъ мірѣ есть результатъ побѣдоносной борьбы одной силы съ другою, элементовъ, разрушающихъ данное состояніе, съ элементами, его сохраняющими или влекущими къ другому направленію. . . причиненіе какого либо измѣненія тождественно съ измѣненіемъ равновѣсія между противодѣйствующими и содѣйствующими силами въ сторону послѣднихъ, причины суть содѣйствующія условія, достигшія перевѣса надъ условіями противодѣйствующими. При этомъ понятіе причинности опредѣляется Биндингомъ независимо отъ субъективной виновности, такъ какъ во второмъ томѣ своего изслѣдованія (стр. 112) онъ замѣчаетъ: все, что причинено осуществленіемъ воли, то и охватывается волею, безразлично, было ли оно представляемо дѣйствующимъ или нѣтъ.

Но въ дѣйствительности такая простѣйшая форма причинныхъ отношеній можетъ встрѣтиться развѣ въ исключительныхъ случаяхъ: какъ перенесемъ мы идею покоя и равновѣсія на вѣчно движущійся и измѣняющійся міръ жизненныхъ явленій,—міръ, коего все содержаніе исчерпывается понятіемъ движенія и перемѣны? Далѣе, если мы можемъ признавать человѣческое дѣйствіе нарушающимъ взаимное отношеніе силъ, проявившихъ себя до этого момента или одновременно съ нимъ существующихъ, то это понятіе не примѣнимо по отношенію къ силамъ послѣвходящимъ; напротивъ того, всякая вновь привходящая сила измѣняетъ взаимное отношеніе силъ, созданныхъ дѣйствіемъ человѣка и, слѣдовательно, становится причиною. Такимъ образомъ, является двоякая необходимость: или признать, что всякое дѣйствіе человѣка, разъ ставшее причи-

---

(¹) Normen, I, стр. 38 и сл., II, §§ 47 и 48. Изложеніе и разборъ его теоріи, а также примыкающей къ ней теоріи Ортмана, у Н. Сергѣевскаго, II, стр. 128 и сл.

юю, сохраняетъ это значеніе, несмотря на всѣ позднѣе примы-
ающія силы, т. е. придти къ тому положенію, что всякое условіе
сть причина, или же поставить такой выводъ, что только непо-
редственно предшествующее результату человѣческое дѣйствіе
ожетъ быть почитаемо причиною, т. е. перенестись въ до-штю-
белевскую теорію причинности. Къ послѣднему выводу и приходитъ
сторонникъ Биндинга, Ортманъ (1), высказывающій слѣдующее
соображеніе: исходя отъ правильнаго понятія причины, не трудно
усмотрѣть, говоритъ онъ, что только *послѣдній* изъ тѣхъ фактовъ,
которыхъ послѣдовательнымъ содѣйствіемъ обусловлено было воз-
никновеніе извѣстнаго явленія, можетъ быть разсматриваемъ какъ
причина этого явленія; этотъ выводъ сохраняетъ свою силу и въ
омъ случаѣ, когда уже въ какомъ либо изъ прежде совершив-
шихся фактовъ заключалась возможная причина этого явленія;
ъ этихъ случаяхъ возможная причинность прежняго событія
становляется дѣйствительною причинностью послѣдняго (2).

574. Другая, наиболѣе старая попытка объективнаго ограни-
ченія понятія причины основывается на условіи соотношенія
между дѣйствіемъ и результатомъ, на степени вѣроятности ихъ
наступленія (3). Въ этомъ отношеніи результаты сводятся къ тремъ
атегоріямъ: а) результаты необходимые или неизбѣжные, т. е.
акіе, съ которыми извѣстное дѣйствіе мыслится нами при всевоз-
ожныхъ комбинаціяхъ и обстановкѣ, такъ что ненаступленіе ихъ
ыло бы нарушеніемъ естественныхъ законовъ; такова, напр., смерть,
акъ послѣдствіе отсѣченія головы; б) результаты вѣроятные, т. е.
акіе, которые въ бо̀льшей части случаевъ сопровождаютъ извѣст-
ое дѣйствіе, хотя мы можемъ представить себѣ дѣйствіе и

(1) Въ статьѣ въ Gerichtssaal за 1875 г., стр. 209.

(2) Къ этой же группѣ должна быть относима и теорія Биркмейера въ Gerichts-
al за 1887 г., стр. 272, признающаго причиною то условіе, которое наиболѣе
одѣйствовало возникновенію дѣянія; эта теорія также примѣнима только къ
есьма небольшому количеству случаевъ, когда практически можно доказать
реобладающее значеніе какого либо отдѣльнаго условія; попытка распростра-
ить это положеніе на всѣ случаи причиненія опровергается примѣрами, приве-
енными самимъ же авторомъ.

(3) Ср. мой курсъ, II, №№ 396 и 397.

независимо отъ нихъ, такова, напр., смерть, какъ послѣдстві выстрѣла въ упоръ; в) результаты случайные, которые обыкно венно не сопровождаютъ извѣстное дѣйствіе, а могутъ возникнут только благодаря особеннымъ исключительнымъ условіямъ, такова напр., смерть, какъ послѣдствіе легкаго удара по головѣ.

Существованіе этого различія, конечно, несомнѣнно, но можн ли воспользоваться имъ для разрѣшенія вопроса о причинно связи? Можемъ ли мы сказать, что дѣйствіе человѣка тогда тольк будетъ причиною результата, когда этотъ результатъ могъ быт признанъ неизбѣжнымъ или, по крайней мѣрѣ, вѣроятнымъ ег послѣдствіемъ?

Утвердительный отвѣтъ давала доктрина и практика до Штюбеля но онъ представляется совершенно невѣрнымъ, такъ какъ объектив ное понятіе причинности опредѣляется не по какой либо абстракт ной схемѣ, а по конкретнымъ условіямъ событія: въ этомъ отно шеніи роль отсѣченія головы, выстрѣла въ упоръ, удара палкою по головѣ, какъ скоро это дѣйствіе вызвало смерть, совершенно одинакова.

Указанное различіе на практикѣ можетъ имѣть только процес суальное значеніе, какъ доказательство вины, и, притомъ, при винѣ умышленной, для установленія наличности желанія или допу щенія результата, а при винѣ неосторожной, для доказательства возможности предвидѣнія вреда. Дѣеспособный человѣкъ изъ завѣ домо заряженнаго пистолета стрѣлявшій въ кого либо въ упоръ, развѣ только при какихъ либо совершенно исключительныхъ усло віяхъ можетъ утверждать, что онъ не желалъ или не допускалъ послѣдовавшей смерти; съ другой стороны, ссылка человѣка на то что онъ не могъ предвидѣть извѣстнаго исхода своего дѣйствія представляется вполнѣ основательною, когда самое послѣдствіе по отношенію къ дѣйствію было невѣроятнымъ (1).

575. Третья попытка, исходя изъ условнаго понятія причины пытается рѣшить этотъ вопросъ на основаніи различія того отно

(1) Совершенно аналогично съ этимъ дѣленіемъ различіе послѣдствій общихъ особенныхъ, т. е. или относящихся ко всѣмъ объектамъ, при всѣхъ условіяхъ даннаго дѣйствія, или же къ отдѣльному лицу, при особенныхъ условіяхъ мѣст и времени совершенія. Ср. мой курсъ, II, №№ 398 и 399.

шенія, въ которомъ стоятъ дѣйствія человѣка къ другимъ присоединяющимся къ нимъ силамъ, совмѣстное дѣйствіе коихъ обусловило наступленіе преступнаго результата.

Отвлеченное понятіе о причинѣ, какъ суммѣ предыдущихъ, несмотря на его непререкаемость, не имѣетъ значенія по отношенію къ практическому понятію причинности, съ которымъ имѣетъ дѣло уголовное право, такъ какъ послѣднее употребляетъ понятіе причины въ условномъ житейскомъ смыслѣ.

Въ этомъ отношеніи мы, говоря о причинѣ, останавливаемся, прежде всего, только на тѣхъ условіяхъ, которыя представляютъ интересъ для нашего изслѣдованія. Представимъ себѣ, что кого либо сбросили въ прудъ и сброшенный утонулъ; если мы будемъ опредѣлять причину его смерти, то врачъ, производившій вскрытіе трупа, скажетъ, что такою причиною было прегражденіе доступа въ легкія кислорода, необходимаго для дыханія, а юристъ найдетъ таковою дѣйствіе лица, сбросившаго утонувшаго въ прудъ; съ точки же зрѣнія преемственности явленій, опредѣлившихъ это событіе, надо было бы сказать: мускульное движеніе лица было причиною толчка; притяженіе земли было причиною паденія въ воду; сравнительно бо́льшій удѣльный вѣсъ падающаго тѣла былъ причиною погруженія упавшаго въ воду; непроницаемость среды, въ которую попалъ упавшій, было причиною устраненія доступа воздуха въ легкія, а отсутствіе доступа въ нихъ воздуха вызвало прекращеніе обмѣна веществъ въ организмѣ и смерть. Далѣе, также условно опредѣленіе причины и съ точки зрѣнія событія. Преступное дѣяніе, по большей части, представляетъ сложное событіе: раненый кѣмъ либо умираетъ въ извѣстное время дня, при извѣстномъ состояніи атмосферы, въ извѣстномъ мѣстѣ, при извѣстной обстановкѣ и т. д.; но съ точки зрѣнія уголовнаго права, опредѣляя причину дѣянія, мы беремъ только извѣстный элементъ событія, составляющій его юридическую сущность, и болѣе или менѣе игнорируемъ остальные; такъ, въ данномъ примѣрѣ, вся задача судьи сводится къ установленію того, чьи дѣйствія могутъ быть признаны причиною смерти; для судьи, по общему правилу, безразлично, что было причиною того, что раненый умеръ въ этой комнатѣ, а не въ другой, что около него были или не были его родные и т. д.

576. Когда же человѣкъ можетъ быть признанъ причиной въ только что указанномъ ограниченномъ смыслѣ, причиною вреда или опасности для правоохраненнаго интереса?

Предшествующій обзоръ различныхъ попытокъ даетъ намъ въ этомъ отношеніи право поставить два положенія: 1) человѣческое дѣйствіе можетъ быть названо причиною событія, когда оно является однимъ изъ его условій, и 2) человѣческое дѣйствіе можетъ быть, за малыми исключеніями, такою причиною только при наличности другихъ условій, при содѣйствіи другихъ привходящихъ силъ.

Спорнымъ является, слѣдовательно, только вопросъ: сохраняется ли причинная связь дѣйствія человѣка съ результатомъ, каковъ бы ни былъ характеръ и значеніе этихъ привходящихъ силъ, или же существуютъ условія, при которыхъ наличность такихъ силъ прерываетъ или устраняетъ причинную связь?

Прежде всего, говоря о присоединяющихся силахъ, мы имѣемъ въ виду дѣйствительное присоединеніе ихъ въ конкретномъ случаѣ, а не одну только возможность таковаго. Существованіе силы, которая своевременнымъ вмѣшательствомъ могла бы устранить или видоизмѣнить результаты дѣйствія лица, само по себѣ, не разрушаетъ причинной связи. Такимъ образомъ, нанесеніе раны, имѣвшей смертельный исходъ, сохраняетъ характеръ причинной связи между дѣйствіемъ лица, нанесшаго рану, и смертью, хотя бы и было доказано, что, при своевременной и хорошей врачебной помощи, смертельный исходъ могъ бы быть предотвращенъ; равнымъ образомъ пожаръ вмѣняется полностью поджигателю, хотя бы малѣйшаго участія пожарной команды было достаточно, чтобы потушить пожаръ въ самомъ началѣ и т. д.

Привходящія силы могутъ быть однородны или разнородны; онѣ могутъ быть отличны отъ первоначально дѣйствующей силы и качественно, и количественно. Въ этомъ отношеніи причинная связь можетъ существовать, какъ бы незначительна ни была дѣятельность человѣка, сравнительно съ привходящими силами: какъ ничтожна дѣятельность человѣка, поднесшаго зажженную спичку къ листу бумаги, сравнительно съ разыгравшимся отъ того страшнымъ пожаромъ, истребившимъ цѣлое селеніе, или легкое мускульное движеніе, нажавшее собачку пистолета, сравнительно

съ происшедшею отъ того смертью, а между тѣмъ и въ томъ и въ другомъ случаѣ дѣйствіе человѣка есть причина пожара и смерти.

577. Всматриваясь ближе въ эти привходящія силы, мы найдемъ нѣсколько оттѣнковъ въ ихъ отношеніи къ дѣятельности виновнаго.

Самою простѣйшею комбинаціею будетъ та, когда дѣйствіе лица возбудило или вызвало присоединившуюся силу; въ этихъ случаяхъ дѣйствующій отвѣчаетъ за послѣдствіе безотносительно къ тому, наступило ли оно одновременно съ дѣйствіемъ, или по истеченіи извѣстнаго промежутка времени: если рана произвела чрезмѣрное кровотеченіе, сотрясеніе мозга и т. п., окончившееся смертью, то ранившій отвѣчаетъ за причиненіе смерти, а не за одно только пораненіе.

Отвѣтственность несомнѣнно остается и въ томъ случаѣ, когда виновный, хотя и не возбудилъ и не вызвалъ привходящія силы, но далъ дѣйствующимъ силамъ такое направленіе, благодаря коему онѣ вызвали результатъ: рана получила смертельный исходъ, благодаря холодной температурѣ, пожаръ распространился, благодаря бывшей въ то время бурѣ и т. п. При этомъ безразлично, заключалось ли въ дѣйствіи виновнаго созданіе условій, содѣйствующихъ данной силѣ, или устраненіе препятствій, существовавшихъ для ея дѣятельности; точно также безразлично, дано ли было этимъ силамъ новое направленіе, или было ускорено достиженіе результата, къ которому стремилась эта сила сама по себѣ: человѣкъ, прорвавшій плотину, отвѣчаетъ за наводненіе, хотя бы можно было доказать, что черезъ день или два плотина была прорвана сама по себѣ, силою воды.

Но вопросъ ставится иначе въ тѣхъ случаяхъ, когда присоединяющаяся сила не была вызвана или направлена виновнымъ, а возникла, существовала и дѣйствовала независимо отъ его дѣйствія; при этихъ условіяхъ наступившій результатъ не можетъ быть вмѣненъ первоначально дѣйствовавшему: виновный пытался поджечь домъ, который вслѣдъ затѣмъ сгорѣлъ отъ ударившей въ него молніи, раненый умеръ отъ чахотки, или былъ убитъ упавшимъ съ крыши кирпичомъ и т. д. При этомъ безразлично, измѣнила ли эта самостоятельно прившедшая сила направленіе, данное дѣйствовавшимъ, или она только ускорила, предвосхитила

результатъ: если раненый умеръ отъ чахотки, то ранившій отвѣчаетъ только за пораненіе, хотя можно было доказать, что рана, позднѣе, привела бы къ желаемому виновнымъ результату.

Наиболѣе спорнымъ представляется вопросъ объ отвѣтственности въ тѣхъ случаяхъ, когда присоединившаяся сила возникла самостоятельно и не была даже направлена виновнымъ, но первоначальная дѣятельность виновнаго облегчила успѣшность дѣйствія привходящей силы, когда, напр., раненый остался лежащимъ въ полѣ и былъ заѣденъ волками. Въ этомъ случаѣ самостоятельный характеръ привходящей силы даетъ основаніе признать перерывъ первоначально возникшей причинной связи, а съ другой стороны, обусловленность успѣха привходящей силы первоначальнымъ дѣйствіемъ служитъ какъ бы основаніемъ отнесенія всего результата къ первоначальному дѣйствію, какъ къ причинѣ. Въ виду этихъ совершенно разнородныхъ свойствъ этой группы, казалось бы всего практичнѣе поставить при этихъ условіяхъ признаніе бытія причинной связи въ зависимость отъ преобладанія втораго условія надъ первымъ, облегченія успѣха надъ самостоятельностью, что, въ свою очередь, могло бы быть устанавливаемо только по обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго случая.

Такимъ образомъ, причинная связь не прерывается, какъ скоро привходящія силы были вызваны или направлены дѣйствіемъ виновнаго; равнымъ образомъ, причинная связь можетъ быть признана не порванною, какъ скоро дѣйствіе виновнаго на столько облегчило успѣхъ присоединившихся силъ, что ихъ независимость является мнимою, а не дѣйствительною; напротивъ того, причинная связь прерывается, какъ скоро привходящія силы возникли и дѣйствовали самостоятельно.

Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ законъ и нынѣ довольствуется, для признанія дѣянія наказуемымъ, только объективнымъ бытіемъ извѣстнаго результата, какъ, напр., въ дѣйствующемъ уложеніи въ ст. 1484, 1487, 1490 и др., установленіемъ вышеуказаннаго предѣла причиненія опредѣляется и предѣлъ уголовнаго вмѣненія; но тамъ, гдѣ по закону для отвѣтственности требуется наличность

субъективной вины, за установленіемъ причинной связи наступаетъ дальнѣйшій анализъ соотношенія учиненнаго съ сознаніемъ и хотѣніемъ учинившаго, устанавляется наличность умысла или неосторожности; во всѣхъ этихъ случаяхъ, какъ и было указано выше, для примѣненія наказанія не достаточно ни одной виновности, ни одной причинности, а необходима виновная причинность.

578. Присоединяющимися силами могутъ быть прежде всего силы природы, будутъ ли это силы стихійныя, дѣйствія животнаго, физіологическіе процессы и т. д.; но иногда такими силами могутъ быть и дѣйствія человѣка.

Послѣдніе случаи, въ свою очередь, распадаются на двѣ группы: или присоединившееся дѣйствіе человѣка, привходящее какъ одно изъ условій возникновенія преступнаго дѣянія, таково, что оно не вмѣняется въ вину его учинившему, или, наоборотъ, это лицо, въ свою очередь, подлежитъ за таковое дѣйствіе отвѣтственности.

Первая комбинація представляется наиболѣе простою. Дѣйствіе лица недѣеспособнаго, или хотя и обладающаго дѣеспособностью, но дѣйствовавшаго при условіяхъ, устраняющихъ вмѣненіе, вполнѣ аналогично съ дѣйствіемъ силъ природы, а потому одинакова и роль, которую оно занимаетъ въ установленіи причинной связи. Присоединяющееся дѣйствіе человѣка не прерываетъ причинной связи, какъ скоро оно было вызвано или обусловлено дѣятельностью первоначально дѣйствовавшаго, и, наоборотъ, прерываетъ таковую, какъ скоро присоединяющаяся дѣятельность возникла самостоятельно; точно также и въ этихъ случаяхъ, независимо отъ установленія причинной связи, требуется субъективная виновность дѣйствовавшаго, вмѣненіе причиненнаго имъ преступнаго дѣянія ему въ умыселъ или неосторожность. Поэтому человѣкъ, подговорившій или принудившій ребенка или умалишеннаго поджечь домъ, совершить убійство, отвѣчаетъ за преступный результатъ на томъ же основаніи, какъ и тотъ, кто подложилъ горящіе матеріалы, или самъ нанесъ смертельный ударъ; сторожъ при домѣ умалишенныхъ, по небрежности забывшій запереть окно въ комнатѣ

больнаго, изъ котораго тотъ выпрыгнулъ и убился до смерти, отвѣчаетъ за неосторожное лишеніе жизни и т. д. ([1]).

579. Обращаясь ко второй комбинаціи, мы должны отдѣлить тѣ случаи, когда дѣйствія лицъ, совмѣстно вкладывающихся въ учиненіе преступнаго дѣянія, образуютъ особую форму юридическаго единенія—соучастіе, которое будетъ подлежать далѣе подробному разбору, и остановимся только на тѣхъ случаяхъ, когда дѣйствія присоединившагося хотя и вмѣняются послѣднему въ вину, но онъ не является соучастникомъ первоначально дѣйствовавшаго, прерываетъ ли такое присоединившееся дѣйствіе причинную связь безусловно или при извѣстныхъ условіяхъ?

Какъ мы знаемъ, виновность присоединившагося лица можетъ быть двоякая: умышленная или неосторожная.

Сознательное направленіе дѣятельности человѣка, несомнѣнно, придаетъ самостоятельный характеръ привступающей силѣ, а потому, согласно поставленному выше положенію, прерываетъ причинную связь. При этомъ безразлично, дѣйствовало ли второе лицо по прямому умыслу, или по безразличію, была ли дѣятельность первоначально дѣйствовавшаго сама по себѣ умышленная или неосторожная; находилась ли со стороны объективной вторичная дѣятельность въ извѣстномъ соотношеніи съ первою, или между ними не существовало никакого отношенія. Если кто либо умышленно отравилъ другаго, ранилъ его, но прежде, чѣмъ наступила смерть, другое лицо, не будучи соучастникомъ перваго, сознательно и волимо застрѣлило отравленнаго или задушило раненаго, то первое лицо можетъ быть обвиняемо въ покушеніи, попыткѣ, но не въ оконченномъ убійствѣ; если кто либо неосторожно оставилъ въ комнатѣ заряженное ружье, приготовленную для мышей отраву, а другое лицо сознательно и волимо воспользовалось этимъ средствомъ для убійства или самоотравленія, то, конечно, этотъ результатъ не можетъ быть поставленъ на счетъ первоначально дѣйствовавшаго.

([1]) Любопытный случай этого рода встрѣтился въ практикѣ германскаго Reichsgericht'а, рѣшеніе 18 Дек. 1882 г. (Entsch. VII, № 99).

580. Иначе, по моему мнѣнію, разрѣшаются тѣ случаи, когда лицо привходящее дѣйствуетъ неосторожно. Отсутствіе сознательнаго направленія дѣятельности, сознательнаго почина, не даетъ права признавать во всякомъ случаѣ эту дѣятельность самостоятельною силою, а ея значеніе, по отношенію къ перерыву причинной связи опредѣляется по тѣмъ же началамъ, какъ и вліяніе дѣятельности не вмѣняемой. Слѣдовательно, неосторожное дѣйствіе не прерываетъ причинной связи, какъ скоро неосторожность была вызвана или обусловлена первоначальною дѣятельностью, и, наоборотъ, связь прерывается, какъ скоро неосторожное дѣйствіе имѣло самостоятельный источникъ [1].

При этомъ это положеніе примѣняется независимо отъ того, какого рода виновность заключалась въ первоначальномъ дѣйствіи, т. е. было ли оно умышленное или неосторожное.

По отношенію къ умышленнымъ дѣяніямъ, такой выводъ едва ли возбудитъ сомнѣнія. Если кто либо, пользуясь близорукостью другаго, убѣдилъ его выстрѣлить въ притаившагося подъ кустомъ зайца, сознавая, что въ дѣйствительности тамъ лежитъ не заяцъ, а человѣкъ, то отвѣтственность стрѣлявшаго за неосторожность, разумѣется, не исключаетъ отвѣтственности уговорившаго выстрѣлить за умышленное убійство; поджигатель отвѣчаетъ за поджогъ, хотя бы зажженное имъ разгорѣлось только благодаря неосторожности другаго лица, вылившаго, въ попыхахъ, на загорѣвшееся вмѣсто воды керосинъ. Но если, напр., отравленный, прежде чѣмъ подѣйствовалъ ядъ, былъ задавленъ неосторожно ѣхавшимъ кучеромъ, то отравитель отвѣчаетъ только за покушеніе.

Но вопросъ становится спорнымъ, когда неосторожная дѣятельность втораго присоединилась также къ неосторожнымъ дѣйствіямъ перваго, когда, напр., какъ при желѣзнодорожныхъ кру-

---

(1) Такъ, между прочемъ, германскій Reichsgericht въ цѣломъ рядѣ рѣшеній призналъ, что неосторожность раненаго не исключаетъ причинной связи и отвѣтственности ранившаго за послѣдствія раны (рѣшенія 12 Апр. 1880 г., Entsch. I, № 174 и 2 Мая 1882 г., Entsch. VI, № 88); что учинившій поджогъ отвѣчаетъ за смерть лица, находившагося въ домѣ, хотя бы эта смерть обусловливалась собственною неосторожностью умершаго (рѣш. 3 Дек. 1881 г., Entsch. V, № 66).

шеніяхъ, вредъ является продуктомъ небрежности и начальника станціи, и стрѣлочника, и машиниста.

Нѣкоторые нѣмецкіе криминалисты, какъ, напр., Баръ [1], Ортманъ, полагаютъ правильнымъ примѣненіе въ этихъ случаяхъ, если не общепринятаго, то весьма распространеннаго между цивилистами, ученія о такъ называемой компенсаціи или зачетѣ неосторожности, благодаря коему отвѣтственность падаетъ всегда на послѣдняго неосторожно дѣйствовавшаго. Но доводы защитниковъ этого взгляда не представляются обобенно вѣскими. Во 1-хъ, указаніе на то, что такая система примѣняется относительно умышленной привходящей дѣятельности, не убѣдительно, такъ какъ между привходящею дѣятельностью—умышленною и неосторожною, существуетъ различіе не только количественное, но и качественное, а потому отъ свойствъ одной нельзя заключать о свойствахъ другой. Во 2-хъ, указаніе на то, что излишнее увеличеніе числа лицъ, отвѣчающихъ за неосторожность, можетъ быть дѣлаемо только въ интересахъ пострадавшаго, но что оно крайне вредно для общества, ограничивая духъ предпріимчивости, заставляя каждаго ежеминутно опасаться быть привлеченнымъ къ отвѣтственности, также не основательно. При какой либо желѣзнодорожной катастрофѣ для гарантіи общественной безопасности несомнѣнно важно, чтобы къ отвѣтственности можно было привлечь не только, напр., пьянаго машиниста, не убавившаго хода тамъ, гдѣ это слѣдовало, но и начальника станціи, отпустившаго поѣздъ съ завѣдомо пьянымъ машинистомъ; не только сторожа, не доглядѣвшаго порчу пути, но и начальника дистанціи; если кто нибудь изъ переѣзжавшихъ черезъ рѣку въ лодкѣ изъ шалости закричалъ «тонемъ», другіе, сидѣвшіе въ лодкѣ бросились къ одному борту и лодка дѣйствительно перевернулась, то, разумѣется, неосторожность бросившихся не уничтожаетъ отвѣтственности кричавшаго; если, при встрѣчѣ двухъ пароходовъ, оба капитана, по небрежности, не подали установленныхъ сигналовъ, произошло столкновеніе

(1) Kausalzusammenhang, стр. 22 и сл. Напротивъ того, германскій Reichsgericht въ рѣшеніи 12 Апр. 1880 г. призналъ, что собственная неосторожность пострадавшаго не исключаетъ причинной связи между поступкомъ обвиняемаго и смертью, хотя бы даже обвиненіе было въ неосторожномъ убійствѣ. Относительно прежней нѣмецкой практики ср. мой курсъ, II, № 412, прим. 193.

и одинъ изъ пароходовъ пошелъ ко дну, то неосторожность одного капитана не исключаетъ отвѣтственности другаго.

581. Наконецъ, присоединяющеюся силою могутъ быть дѣйствія самаго виновнаго. Случаи, сюда относящіеся, представляются весьма разнообразными, а нѣкоторые изъ нихъ и весьма спорными въ доктринѣ; но, по моему мнѣнію, ихъ разрѣшеніе должно быть установлено по основаніямъ, аналогичнымъ съ тѣми, какія были указаны выше, относительно присоединяющейся дѣятельности другихъ лицъ.

Эта послѣдующая дѣятельность лица, сама по себѣ взятая, можетъ быть или не вмѣняема дѣйствующему, или вмѣняема ему. Въ первомъ случаѣ. конечно, присоединяющаяся дѣятельность должна уподобляться дѣйствію силъ природы и не можетъ прерывать причинной связи, какъ скоро она была вызвана или обусловлена первоначальною дѣятельностью лица; на этомъ основаніи покоится, съ объективной стороны, вмѣненіе результатовъ, учиненныхъ при такъ называемыхъ actiones liberae in causa.

Далѣе, если эта позднѣйшая дѣятельность сама вмѣняется въ вину и притомъ въ вину умышленную, то и тутъ могутъ быть два оттѣнка: она можетъ являться только дальнѣйшимъ развитіемъ первоначальной дѣятельности—человѣкъ вошелъ на дворъ, влѣзъ въ окно, взломалъ замокъ у сундука, взялъ находящіяся тамъ вещи,—всѣ эти дѣйствія составляютъ одну общую дѣятельность, образующую составъ кражи; или же новая дѣятельность является совершенно самостоятельною, хотя бы и предпринятою ради той же цѣли; въ этомъ случаѣ новая умышленная дѣятельность послужитъ основаніемъ для перерыва причинной связи; такимъ образомъ лицо, давшее кому либо отраву, а затѣмъ, когда отрава не подѣйствовала, задушившее жертву, будетъ обвиняться въ оконченномъ простомъ убійствѣ, а не въ отравленіи; лицо, по неосторожности давшее отраву, а потомъ умышленно зарѣзавшее отравленнаго, будетъ обвиняться въ умышленномъ убійствѣ и т. д.

582. Наконецъ, послѣдующая дѣятельность самого виновнаго можетъ быть продуктомъ его небрежности. Казалось бы, что она можетъ разрушить причинную связь первоначальнаго дѣйствія только въ томъ случаѣ, если эта небрежность не вызвана и не обу-

словлена прежнею дѣятельностью; но въ литературѣ, а въ особенности германской, случаи этого рода, встрѣчавшіеся, хотя и не особенно часто, и въ судебной практикѣ, вызвали серьезный споръ и цѣлую литературу (1). Примѣромъ такой комбинаціи обыкновенно приводятъ такой случай: виновный нанесъ съ умысломъ кому либо ударъ, а потомъ, думая, что жертва умерла, ради скрытія преступленія, сбросилъ предполагаемый трупъ въ воду, или симулировалъ самоубійство, а между тѣмъ оказалось, что смерть произошла отъ этого втораго дѣйствія; отвѣчаетъ ли виновный за оконченное убійство или только за покушеніе?

Разрѣшеніе такой комбинаціи предлагаютъ троякое: одни (2) видятъ здѣсь перерывъ причинной связи и двойственную виновность: умышленное покушеніе и неосторожное или даже случайное оконченное дѣяніе, такъ какъ виновный, предпринимая послѣднее дѣйствіе, не предвидѣлъ, а иногда даже и не могъ предвидѣть, что оно повлечетъ за собою смерть. Но это воззрѣніе, бывшее необходимымъ выводомъ изъ того положенія, что всякое неосторожное дѣйствіе человѣка, привходящее къ какой либо дѣятельности, прерываетъ причинную связь, представляется и практически, и теоретически, несостоятельнымъ. Если кто либо нанесъ другому рану, хотя и смертельную, но вызвавшую смерть не мгновенно, а чрезъ два или три дня, то онъ все таки отвѣчаетъ за оконченное убійство; но если виновный, прежде наступленія дѣйствительной смерти, совершилъ надъ мнимоумершимъ изъ злобы, звѣрства какое либо истязаніе, надругательство, и окажется, что смерть произошла отъ этого втораго дѣйствія, то наказаніе ему смягчается, такъ какъ онъ будетъ отвѣчать только за покушеніе; но такой выводъ противорѣчитъ здравому смыслу.

Это противорѣчіе привело къ другой попыткѣ разрѣшенія этого вопроса, получившей названіе теоріи общаго умысла (3), и признававшей объединеніе всей дѣятельности одною преступною рѣшимостью, направленною къ осуществленію главной цѣли. Но и эта попытка не представляется удовлетворительною. Конечно, сло-

---

(1) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 405, прим. 180.

(2) За это мнѣніе высказались: Бернеръ, Кестлинъ, Гейбъ, Шютце и др.

(3) Weber, über verschiedene Arten des dolus, въ архивѣ уголовнаго права, т. VII, стр. 549; этотъ взглядъ защищаютъ Шварце, Пфотенгауеръ, Вехтеръ.

жившееся и осуществляющееся намѣреніе обыкновенно не скоро исчезаетъ въ душѣ преступника, такъ что если вторичная дѣятельность примыкаетъ по времени къ первой, то часто первоначальный умыселъ остается господствующимъ, а потому можетъ характеризовать и эту дѣятельность; но такое положеніе не имѣетъ безусловнаго значенія; могутъ быть и иные случаи, когда первоначальный умыселъ исчезъ и замѣнился новымъ, направленнымъ не на прежнюю, а на новую цѣль, а при такихъ условіяхъ, конечно, теорія общаго умысла не приложима.

Третья попытка (1) объединяетъ въ этихъ случаяхъ послѣдствіе съ первоначальнымъ дѣйствіемъ не субъективно, а объективно, не признавая здѣсь перерыва причинной связи, основываясь на томъ, что ошибка и заблужденіе, опредѣлившія вторичную дѣятельность, бывшую не предвидѣнною причиною смерти, были вызваны первоначальною умышленною дѣятельностью; для признанія же извѣстнаго дѣянія умышленнымъ вовсе не требуется, чтобы умыселъ продолжался непрерывно, какъ во время дѣйствія, такъ и во время наступленія результатовъ, такъ какъ мы, напр., знаемъ, что лицо, умышленно нанесшее смертельную рану, а потомъ старавшееся всѣми средствами отвратить смертельный исходъ, тѣмъ не менѣе отвѣчаетъ за умышленное убійство (2).

Такимъ образомъ, съ этой точки зрѣнія привходящія дѣйствія самого виновнаго, по отношенію къ перерыву причинной связи, разсматриваются такъ же, какъ и привходящія дѣйствія третьихъ лицъ.

II.

Развитіе преступной дѣятельности.

583. Ступени развитія преступной дѣятельности.

584. Обнаруженіе преступной воли.

---

(1) Ср. въ особенности Krug, zur Frage vom Dolus generalis въ архивѣ Гольтдаммера, X, стр. 734.

(2) Чебышевъ-Дмитріевъ, о покушеніи, стр. 39, въ примѣненіи къ нашему праву замѣчаетъ: законъ не требуетъ, чтобы совершеніе произведено было именно тѣмъ актомъ, на который разсчитывалъ преступникъ, не требуетъ, чтобы между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ была именно та связь, которую имѣлъ въ виду преступникъ; онъ требуетъ только, чтобы преднамѣренное виновнымъ зло дѣйствительно произошло отъ его дѣйствій, т. е. довольствуется общимъ соотношеніемъ между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ.

637. Западно-европейская судебная практика по этом вопросу.

638. Наша судебная практика.

639. Понятіе объ окончаніи преступнаго дѣянія.

640. Окончаніе умышленнаго преступнаго дѣянія.

641. Постановленія по этому вопросу нашего права.

642. Совпаденіе различныхъ ступеней осуществленія воли.

583. Энергическимъ актомъ рѣшимости преступная воля и
періода мышленія переходитъ въ дѣятельность; но путь, которы
предстоитъ пройти преступнику до момента осуществленія зад
маннаго бываетъ иногда весьма продолжителенъ и его отдѣльны
стадіи представляютъ значительный интересъ въ ученіи объ юри
дической конструкціи преступнаго дѣянія.

Эти ступени развивающейся преступной дѣятельности, как
проявленіе во внѣ преступной воли, логически могутъ быть св
дены къ тремъ типамъ: 1) воли обнаружившейся, заявивше
чѣмъ либо свое бытіе, но не приступавшей еще къ осуществлені
задуманнаго; 2) воли осуществляющейся, т. е. покушающейс
учинить преступное дѣяніе, и 3) воли осуществившейся.

Каждый изъ этихъ трехъ типовъ подлежитъ подробному ра
бору (1).

---

(1) См. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 284, прим. 1; изъ отдѣл
ныхъ приведенныхъ тамъ монографій, а равно и изъ послѣдующихъ изслѣдов
ній можно указать: Чебышевъ-Дмитріевъ, опыты по уголовному праву, I,
покушеніи, 1866 г.; Орловъ, о покушеніи на преступленіе по началамъ теор
и современнымъ законодательствамъ, 1868 г.; Г. Колоколовъ, къ ученію о пок
шеніи, 1884 г.; H. Zachariae, die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 2 т. 1836
1839 г., въ дополненіе къ этому его статьи въ архивѣ Гольтдаммера; Bauer, von de
Versuche eines Verbrechens, въ его Abhandlungen, 1840 г., I, стр. 307—408; Ba
zur Lehre von Versuche und Theilnahme am Verbrechen, 1859 г.; L. Cohn, z
Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, 1880 г.; подробный разбо
этого обьемистаго труда сдѣланъ Листомъ въ Zeitschrift, I, стр. 93. Подробн
литературныя указанія у Geyer, Grundriss, стр. 129. Обстоятельно изложенъ это
отдѣлъ у новыхъ французскихъ криминалистовъ: у Garraud, №№ 112—123 и
Lainé, №№ 132—176; оба они, впрочемъ, допускаютъ шесть ступеней развит
1) преступный умыселъ, 2) приготовленіе, 3) покушеніе, 4) неудавшееся п
ступленіе, 5) покушеніе, неудавшееся по негодности средствъ и объекта
6) оконченное преступное дѣяніе.

584. *Обнаруженіе преступной воли.* Психическій процессъ азвитія преступной воли можетъ иногда длиться болѣе или менѣе начительное время: промелькнувшее желаніе должно установиться, окрѣпнуть, намѣченная дорога должна опредѣленно выяситься; иногда задумавшій преступное дѣяніе долженъ подробно никнуть въ конкретныя условія дѣятельности, чтобы его воля олучила дѣйствительно опасный для общества характеръ, а не ставалась въ области мечтаній; но весь этотъ, иногда весьма ожный, процессъ сформированія умысла лежитъ за предѣлами еловѣческой юстиціи; она не имѣетъ ни средствъ, ни способовъ юникнуть въ эту сокровенную для другихъ работу мысли, такъ къ, говоря словами нашего поэта: «слова твои, дѣянья—судятъ оди, но помышленія единый видитъ Богъ» (1).

Такимъ образомъ, для возбужденія вопроса объ уголовной вѣтственности необходимо, чтобы формирующійся или сформивавшійся умыселъ чѣмъ либо проявилъ или обнаружилъ себя внѣ, хотя бы притомъ виновный и не приступалъ еще къ полненію задуманнаго; такимъ обнаруженіемъ, примѣняясь къ рминологіи нашего уложенія, могутъ быть признаки умысла и иготовленіе.

585. Признакомъ умысла, какъ говоритъ наше уложеніе . 7), почитается изъявленіе на словахъ или письменно, или же ымъ какимъ либо дѣйствіемъ намѣренія учинить преступленіе. числу такихъ признаковъ, прибавляетъ оно далѣе, принадкатъ: угрозы, похвальбы и предложеніе сдѣлать какое либо ; но очевидно, такое указаніе имѣетъ только характеръ прировъ, такъ какъ, по словамъ той же статьи, о бытіи умысла жетъ быть заявлено и всякимъ инымъ дѣйствіемъ, какъ, напр.,

(1) Такъ и Екатерина II-я въ наказѣ говорила: «законы не обязаны наказывать акихъ другихъ, кромѣ внѣшнихъ или наружныхъ дѣйствій». Наше дѣйствую- уложеніе въ статьѣ 6-й говоритъ: при сужденіи о преступленіяхъ умышелыхъ принимаются во вниманіе и различаются: одинъ лишь через что либо бруженный на преступленіе умыселъ, приготовленіе къ приведенію онаго въ ѣство, покушеніе на совершеніе и самое совершеніе.

занесенiемъ преступныхъ предположенiй въ дневникъ, просто перепиской, мимикою и т. п.

Но можетъ ли почитаться наказуемымъ одно такое заявленiе о преступномъ умыслѣ (1)?

Конечно, въ подобныхъ случаяхъ судъ имѣетъ передъ собою извѣстную матерiальную основу, дающую возможность начать уголовное преслѣдованiе, такъ какъ заявленiе можетъ быть обставлено такими условiями, которыя устраняютъ всякое сомнѣнiе въ наличности преступной воли; съ другой стороны, нельзя отрицать, что иногда наказуемость такихъ заявленiй можетъ быть полезно для интересовъ частнаго лица и въ особенности общества, пресѣкая преступную волю въ самомъ ея зародышѣ.

Но всѣ эти доводы парализуются еще болѣе вѣскими соображенiями противъ наказуемости обнаруженнаго умысла.

Прежде всего, наказанiе получаетъ, при такой постановкѣ вопроса, совершенно случайный характеръ: далеко не всякiй преступникъ окажется на столько болтливымъ, что безъ нужды, не приступая къ дѣйствiю, будетъ заявлять о питаемыхъ имъ преступныхъ замыслахъ; напротивъ того, чѣмъ хладнокровнѣе и опытнѣе преступникъ, тѣмъ менѣе шансовъ, чтобы онъ раскрылъ свой замыселъ. Далѣе, наказуемость одного умысла даетъ слишкомъ широкiй просторъ судейскому произволу: такое заявленiе даетъ право заключать о существованiи преступной мысли, желанiя; но какимъ образомъ удостовѣрится судья въ степени энергiи преступной воли, удостовѣрится въ томъ, что за этими словами, предположенiями, слѣдовала бы дѣятельность, какъ отличитъ онъ фантастическiя построенiя отъ дѣйствительной преступной рѣшимости? А между тѣмъ карательная дѣятельность государства можетъ имѣть дѣло съ дѣйствiями людей, а не съ ихъ желанiями, предположенiями. Если лицо, заявившее преступное намѣренiе, возбуждаетъ опасенiе, то власть можетъ усугубить надзоръ за нимъ, но она не можетъ карать, пока не обнаружится со стороны этого лица дѣйствительная попытка ниспровергнуть

---

(1) Ср. Rossi, Traité, II, глава XXVI; Zachariae, I, § 98; весьма обстоятельны возраженiя противъ наказуемости обнаруженiя умысла у Haus, № 272—27… 404; Garraud, № 113; А. Кистяковскiй, № 283 и 284.

ребованія авторитетной воли; съ мысли, какъ говоритъ народная оговорка, пошлины не берутъ [1].

586. Это начало, хотя и съ извѣстными ограниченіями, принимаетъ и наше дѣйствующее уложеніе въ ст. 111, такъ какъ оно говоритъ (ст. 111), что случаи, въ коихъ за умыселъ, смотря по роду и важности преднамѣреннаго преступленія, полагается наказаніе, именно означены въ законѣ [2], а перебирая особенную часть, мы увидимъ, что такія спеціальныя правила встрѣчаются только въ группѣ преступленій государственныхъ.

Въ самомъ дѣлѣ, хотя законъ и называетъ въ числѣ признаковъ умысла угрозу, а угроза, даже не соединенная съ корыстною целью, подлежитъ наказанію по ст. 139—141 устава о наказ., но эта угроза наказывается не какъ обнаруженіе умысла, а какъ самостоятельное преступное дѣяніе, благодаря тому безпокойству, волненію, которое производитъ такая угроза или похвальба въ угрожаемомъ лицѣ или въ обществѣ; на этомъ основаніи, для примѣненія наказанія по ст. 139—141, не имѣетъ никакого существеннаго значенія вопросъ о томъ, имѣлъ ли угрожавшій дѣйствительно намѣреніе исполнить то, чѣмъ онъ угрожалъ, или нѣтъ: написавшій изъ шутки подметное письмо съ угрозою сжечь чей либо домъ подлежитъ наказанію по ст. 139 устава о наказ., хотя бы онъ доказалъ, что никогда не думалъ совершать, да и не могъ совершить поджога.

Точно такъ же не знаетъ наше право общаго положенія о наказуемости предложенія учинить преступленіе, какъ это принято закономъ бельгійскимъ 1875 г. и германскимъ 1876 г., такъ какъ такое предложеніе не можетъ быть подводимо подъ понятіе подстрекательства.

Остаются, такимъ образомъ, только отдѣльныя преступленія, и

---

[1] То же выражаютъ и нѣмецкія пословицы: «Gedanken sind zollfrei»; «für's Denken thut man Keinem henken»; это же начало выразилось и въ извѣстномъ изреченіи Ульпіана «cogitationis poenam nemo patitur».

[2] Такъ, уголовный кассаціонный департаментъ призналъ не наказуемымъ обнаруженіе умысла: при кражѣ ($^{71}/_{835}$, Басалаева); при мошенничествѣ ($^{71}/_{290}$, Ксимовскаго; $^{72}/_{1587}$, Попова); при убійствѣ ($^{72}/_{941}$, Корніевскаго).

именно государственныя, при коихъ наказуемъ и одинъ голы умыселъ ([1]). Такъ, въ статьѣ 241 уложенія, законъ признает наказуемымъ: предложеніе другому принять участіе въ пре ступленіи, а равно словесное и письменное изъявленіе о том своихъ мыслей. Правда, законъ называетъ это приступомъ к приготовленію; но какъ историческое происхожденіе этой статьи такъ и ея буквальный текстъ свидѣтельствуютъ о томъ, что здѣ рѣчь идетъ не о приготовленіи, въ техническомъ смыслѣ это слова, а о признакахъ умысла. При другихъ же государственных преступленіяхъ, какъ, напр., при бунтѣ (ст. 249) и при измѣн (ст. 253), хотя уложеніе и упоминаетъ о наказуемости умысл ниспровергнуть правительство или перемѣнить образъ правлені или предать государство или часть онаго; но въ обоихъ случаях для отвѣтственности требуется или участіе обвиняемаго въ заго ворѣ, или участіе въ дѣйствіяхъ онаго, т. е. участіе по крайне мѣрѣ, въ приготовительныхъ дѣйствіяхъ.

Проектъ уголовнаго уложенія въ общей части вовсе не упоми наетъ о наказуемости одного злаго умысла.

587. *Приготовленіе.* Съ нѣсколько инымъ значеніемъ являютс такъ называемыя приготовительныя дѣйствія, когда виновны запасается извѣстными средствами для выполненія задуманнаг собираетъ необходимыя для того свѣдѣнія, ставитъ себя въ тако положеніе, при которомъ является возможность дѣйствовать т. д. Случаи этого рода, во 1-хъ, весьма нерѣдко встрѣчаются в судебной практикѣ, а во 2-хъ, они иногда могутъ представлят весьма серьозную опасность для правоохраненныхъ интересовъ.

Старая доктрина, въ особенности нѣмецкая, смотрѣла на приг товленіе, какъ на особый видъ покушенія и характеризовала ег какъ отдаленное покушеніе ([2]); но съ двадцатыхъ годовъ нынѣ

([1]) Подробный разборъ этихъ случаевъ въ моемъ курсѣ, II, № 291—29 ср. въ судебномъ вѣстникѣ за 1876 г. статьи по этому вопросу: Фойницка (№№ 20, 21, 35), Анцыферова (№№ 33, 34, 45) и Кистяковскаго (№ 37).

([2]) Впрочемъ, Н. Сергѣевскій, пособія, стр. 354, полагаетъ, что систем стараго права, не отдѣлявшаго приготовленіе отъ покушенія, заслуживает предпочтенія; что законъ можетъ установить уменьшенную отвѣтственность

няго столѣтія, подъ несомнѣннымъ вліяніемъ французскаго права, въ частности послѣ обстоятельнаго труда по этому вопросу Миттермайера [1], въ наукѣ выдвинулся иной взглядъ, нынѣ господствующій, по которому область приготовительныхъ дѣйствій относится къ обнаруженію умысла, а не къ осуществленію его.

Этотъ взглядъ нельзя не признать справедливымъ, хотя проведеніе точныхъ границъ между приготовленіемъ и покушеніемъ, какъ мы увидимъ далѣе, представляетъ значительныя затрудненія: тотъ, кто только запасается орудіями, создаетъ возможность дѣйствовать, но еще не дѣйствуетъ; учиненное имъ предшествуетъ первому акту, съ котораго начинается осуществленіе умысла.

Сторонники противоположнаго воззрѣнія указываютъ на то, что обнаруженіе умысла всегда есть нѣчто случайное, а приготовленіе есть нѣчто неизбѣжное, необходимое: приготовительныя дѣйствія весьма нерѣдко могутъ быть тщательно и всесторонне соображены виновнымъ въ самый моментъ сформированія умысла. Но этотъ аргументъ, по моему мнѣнію, не имѣетъ рѣшающаго значенія. Съ одной стороны, только что указанныя условія—предвидѣніе и относительная необходимость дѣйствія могутъ встрѣтиться и при обнаруженіи умысла въ тѣсномъ смыслѣ, а съ другой, это обстоятельство не можетъ сгладить того логическаго и практическаго различія, которое существуетъ между приступомъ къ осуществленію умысла и подготовкою таковаго приступа.

588. Такое воззрѣніе на юридическую сущность приготовленія еще болѣе оправдывается разсмотрѣніемъ объема тѣхъ дѣйствій, которыя входятъ въ область приготовленія, въ особенности въ зако-

---

предварительную дѣятельность вообще, и затѣмъ, или предоставить суду право освобождать отъ наказанія субъектовъ такой дѣятельности, буде она остановилась на ступеняхъ отдаленныхъ, или изъ этой дѣятельности выдѣлить пріобрѣтеніе и приспособленіе средствъ въ качествѣ не наказуемаго приготовленія, все же прочее, предпринятое въ намѣреніи осуществить злой умыселъ, признать наказуемымъ покушеніемъ. По этому поводу нельзя не замѣтить, что едва-ли найдется нынѣ такой кодексъ, который призналъ бы не наказуемымъ, напр., приготовленіе динамитнаго снаряда для взрыва, а наказуемымъ, напр., приготовленіе телѣги для отвоза украденныхъ вещей и т. д.

(1) Beiträge zur Lehre vom versuchten Verbrechen, въ новомъ архивѣ уголовнаго права, I, стр. 163—202.

подательствахъ, сохранившихъ, подобно нашему уложенію, опре-
дѣленіе приготовленія.

Подготовительныя дѣйствія крайне разнообразны, завися не только отъ законной характеристики преступнаго дѣянія, но и отъ условій и обстановки каждаго отдѣльнаго случая; тѣмъ не менѣе ихъ обыкновенно сводятъ къ тремъ категоріямъ: къ подготовкѣ выполненія, къ подготовкѣ пользованія плодами преступнаго дѣянія, къ подготовкѣ безнаказанности, предполагая, конечно, что всякая такая дѣятельность предшествуетъ учиненію самаго преступнаго акта.

Къ дѣйствіямъ, подготовляющимъ выполненіе, могутъ быть относимы: а) добываніе средствъ, облегчающихъ выполненіе или дѣлающихъ его возможнымъ, какъ, напр., добываніе лѣстницы, ружья, пороха, яда, причемъ самое добываніе можетъ заключаться въ покупкѣ этихъ предметовъ, изготовленіи ихъ, полученіи въ даръ, въ обмѣнъ и т. п.; б) приведеніе этихъ средствъ въ такой видъ, чтобы они могли быть употребляемы для предположенной цѣли, ихъ приспособленіе; в) добываніе необходимыхъ свѣдѣній, ознакомленіе съ мѣстностью, съ возможными препятствіями; г) устраненіе предполагаемыхъ или дѣйствительныхъ препятствій, какъ, напр., отравленіе собаки, порча замка; д) приведеніе, насколько это нужно и возможно, объекта, надъ которымъ замышлено преступное дѣяніе, въ такой видъ, при которымъ сдѣлался бы возможнымъ приступъ къ выполненію задуманнаго; е) поставленіе самого виновнаго въ такое положеніе, въ которомъ было бы возможно приступить къ дѣйствію, какъ, напр., приходъ на мѣсто дѣйствія, выжиданіе жертвы и т. д.

Къ дѣйствіямъ, подготовляющимъ возможность пользованія плодами дѣянія, буде такое пользованіе возможно по свойству дѣянія, могутъ быть относимы: подготовленіе телѣгъ для отвоза украденнаго, запродажа плодовъ предполагаемой кражи, устройство притона для скрытія покраденнаго и т. д.

Наконецъ, къ дѣйствіямъ, подготовляющимъ возможность укрытія отъ правосудія виновнаго, въ случаѣ успѣшнаго выполненія задуманнаго, можно отнести: изготовленіе фальшиваго паспорта для побѣга, покупка платья, накладныхъ усовъ, бородъ съ тою же цѣлью, устройство alibi и т. д.

Но всѣ ли эти, конечно, примѣрно исчисленныя подготови-ельныя дѣйствія почитаются приготовленіемъ и по законода-ельствамъ?

Наше дѣйствующее уложеніе въ ст. 8 относитъ къ приго-овленію только пріисканіе и пріобрѣтеніе средствъ, а по нѣкото-ымъ статьямъ особенной части и приспособленіе средствъ, т. е. олько такія дѣйствія, которыя облегчаютъ или даютъ возмож-ость выполнить преступное дѣяніе; точно такъ же и проектъ въ т. 42 опредѣляетъ приготовленіе, какъ пріобрѣтеніе или при-пособленіе средствъ, долженствующихъ служить для осуществле-ія умышленнаго преступнаго дѣянія.

Но куда же отойдутъ всѣ прочія подготовительныя дѣйствія? чевидно, они могутъ разсматриваться только какъ обнару-еніе умысла, какъ одинъ изъ его признаковъ, а не какъ покуше-іе, и это является весьма существеннымъ аргументомъ въ пользу ого мнѣнія, что и со стороны теоретической, и по нашему праву риготовленіе должно быть разсматриваемо только какъ спеціаль-ый видъ обнаруженія умысла [1].

589. Обращаясь къ ближайшему разсмотрѣнію понятія приго-овленія по дѣйствующему уложенію, и по проекту, мы видимъ, то уложеніе характеризуетъ его какъ «пріисканіе или пріобрѣ-ніе средствъ», т. е. какъ такую дѣятельность, благодаря коей рудія и средства дѣйствія перешли въ обладаніе виновнаго; по-ому одна только попытка отыскать нужные матеріалы не соста-яетъ приготовленія; такимъ образомъ лицо, торгующее, но еще е купившее пистолетъ, выписавшее по рецепту ядъ изъ аптеки,

(1) Такое воззрѣніе на приготовленіе подкрѣпляется и историческими анными. Сводъ законовъ, говоря въ общей части о степеняхъ проявленія ли во внѣ, вовсе умалчивалъ о приготовленіи; но такъ какъ для наличности кушенія требовалось, чтобы намѣреніе было обнаружено такимъ дѣйствіемъ, его необходимымъ послѣдствіемъ было бы совершеніе преступнаго дѣянія, то нятно, что приготовительныя дѣйствія при дѣйствіи свода могли быть подво-мы только подъ обнаруженіе умысла. Да и теперь дѣйствующее уложеніе не егда различаетъ понятіе обнаруженія умысла и приготовленія; такъ, составле-е преступныхъ сочиненій именуется по ст. 252 обнаруженіемъ умысла, по 251—приготовленіемъ, а по ст. 275—одновременно и умысломъ, и приготовле-емъ.

*

но не получившее его, заказавшее граверу поддѣльныя акціи, не можетъ быть признано виновнымъ въ приготовленіи.

Но достаточно ли полно это указаніе на дѣятельность подгото-вляющую возможность выполненія? Мы не должны забывать, что съ точки зрѣнія преступнаго дѣянія, напр., убійства, средствомъ является не ружье вообще, а ружье заряженное и находящееся у преступника при такихъ условіяхъ, чтобы онъ могъ выстрѣлить въ жертву, не мышьякъ вообще, а мышьякъ, примѣшанный къ кушанью, напитку и поставленный такъ, чтобы жертва могла его принять, и т. д. Однимъ словомъ, средствомъ въ дѣйствитель-ности можетъ быть названъ только предметъ, приведенный въ такой видъ и поставленный въ такія условія, при которыхъ онъ можетъ служить для выполненія задуманнаго. Но куда же нужно отнести тѣ дѣйствія, которыя совершаются виновнымъ для приведе-нія средствъ въ такой видъ, при которомъ бы они были годны къ употребленію? По буквѣ закона, они не подходятъ подъ ст. 8, хотя въ тоже время не составляютъ и покушенія; но по смыслу закона и въ особенности въ виду указаній особенной части (ст. 1457— о принятіи *мѣръ* для учиненія убійства; ст. 1611—о приготовленіи къ поджогу пріисканіемъ, пріобрѣтеніемъ или *приспособленіемъ* нужныхъ матеріаловъ), эти дѣйствія можно и по нашему праву отнести къ приготовленію (¹).

Проектъ устранилъ въ этомъ отношеніи всякія сомнѣнія, опре-дѣляя приготовительную дѣятельность, какъ пріобрѣтеніе и при-способленіе средствъ.

Во всякомъ случаѣ то, что пріобрѣтено или приспособлено виновнымъ, должно быть средствомъ «для совершенія преступле-нія», какъ говоритъ уложеніе, или «средствомъ, долженствующимъ служить для осуществленія умышленнаго преступнаго дѣянія», а это условіе предполагаетъ извѣстныя свойства приготовительныхъ дѣйствій, субъективныя и объективныя.

Въ первомъ отношеніи необходимо, чтобы лицо, приготовляя средства, дѣлало это ради преступнаго дѣянія. Если кто либо

(¹) Точно такъ же и практика сената относитъ приспособленіе средствъ къ приготовленію, какъ, напр., въ рѣшеніи по дѣлу Злобина (67/329); Александров-ской (71/1438).

;упилъ ядъ для леченія, для опытовъ, то такая покупка не будетъ приготовленіемъ, хотя бы позднѣе у купившаго и явился умыселъ совершить посредствомъ этого яда отравленіе. Приготовленіе всегда предполагаетъ наличность умысла, но безразлично къ тому, былъ ли этотъ умыселъ внезапный или предумышленный, условный или безусловный.

Со стороны объективной, средствами могутъ быть предметы внѣшняго міра, на сколько они должны служить для самаго выполненія преступнаго дѣянія; пріобрѣтеніе же или приспособленіе акихъ либо предметовъ, хотя бы и въ видахъ извѣстнаго преступнаго дѣянія, но не служащихъ для его выполненія, не подойдетъ подъ понятіе приготовленія. Такимъ образомъ, покупка амня для отточенія ножа, долженствующаго служить орудіемъ біійства, склянки для храненія добываемаго яда не могутъ быть очитаемы приготовленіемъ къ убійству. Но при этомъ матеріальные предметы разсматриваются какъ средство, хотя бы они азначались къ употребленію въ измѣненномъ видѣ: пріобрѣтеніе да составляетъ приготовленіе, хотя бы ядъ долженъ былъ быть потребленъ только въ опредѣленномъ составѣ; точно такъ же и окупка камня, на которомъ будетъ вырѣзано клише для изготоленія фальшивыхъ ассигнацій, будетъ приготовленіемъ къ подѣлкѣ [1].

Далѣе, кромѣ матеріальныхъ предметовъ, средствами могутъ вляться другія лица и ихъ дѣйствія, даже при извѣстныхъ дѣяяхъ, сами объекты преступленія; такъ, напр., приведеніе ертвы изнасилованія въ такое положеніе или приведеніе ея въ акое мѣсто, гдѣ изнасилованіе дѣлалось возможнымъ, является риготовленіемъ къ изнасилованію [2].

---

[1] Otto, von Versuche der Verbrechen, 1854 г., говоритъ: средствами могутъ сть или органы нашего тѣла, или внѣ насъ находящіеся объекты, или другіе объекты. Объекты могутъ быть: или дополняющіе и усиливающіе дѣятельность шихъ органовъ — орудія, или совершающія дѣятельность, недоступную л нашихъ органовъ — средства въ тѣсномъ смыслѣ — ядъ, горючіе матеріалы.

[2] Сенатъ, по дѣлу Гарсоева ($^{70}/_{1112}$), высказалъ, что человѣкъ можетъ быть лько или предметомъ преступленія, или участникомъ преступленія, но не средомъ; но это свое положеніе сенатъ ничѣмъ не мотивировалъ.

Наконецъ, подъ понятіе приготовленія, по уложенію и въ особенности по проекту могутъ быть подведены и дѣйствія самого преступника, насколько они подходятъ подъ понятіе приспособленія средствъ, а, съ другой стороны, не составляютъ еще покушенія; таковы, напр., поджиданіе жертвы въ засадѣ, приходъ на мѣсто преступленія и т. д.

Уложеніе не ставитъ условіемъ приготовленія, чтобы эти средства были необходимы для главнаго дѣйствія, или чтобы они вообще были годны или негодны, достаточны или недостаточны; но, примѣняясь къ постановленіямъ нашего права о покушеніи съ негодными средствами, которыя будутъ подробно изложены далѣе, можно сказать, что приготовленіе не наказуемо, какъ скоро выборъ негодныхъ средствъ обусловливается крайнимъ невѣжествомъ или суевѣріемъ виновнаго. Поэтому не можетъ почитаться приготовленіемъ къ убійству пріобрѣтеніе, хотя бы и съ умысломъ лишить кого-либо жизни, талисмана или наколдованнаго питья, костей отъ мертвеца и т. п. (1).

590. Другимъ, не менѣе существеннымъ, вопросомъ въ ученіи о приготовленіи является вопросъ объ его наказуемости.

Признавая приготовленіе особымъ видомъ обнаруженія умысла, отдѣляемаго отъ понятія о признакахъ умысла иногда совершенно случайными, незначительными признаками, мы, какъ бы, предрѣшаемъ вопросъ о ненаказуемости случаевъ этого рода, т. е. признаемъ, что въ принципѣ приготовительныя дѣйствія не наказуемы (2).

---

(1) Ср. Zimmermann, über die Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen mit untauglichen Mitteln, въ Gerichtssaal за 1881 г., стр. 260.

(2) Основательныя доказательства безнаказанности приготовительныхъ дѣйствій см. у Rossi, глава XXVII; его основанія усвоены и большинствомъ новыхъ французскихъ криминалистовъ,— какъ F. Hélie, Ortolan, Trébutien, Bertauld, Garraud, Lainé. Въ Германіи главнымъ защитникомъ безнаказанности приготовительныхъ дѣйствій былъ Миттермайеръ, въ цѣломъ рядѣ его статей о покушеніи въ архивѣ уголовнаго права; затѣмъ къ этому взгляду примкнули: Zachariae, Berner, Liszt, H. Meyer. Изъ нашихъ криминалистовъ подробныя соображенія по этому вопросу приведены у Спасовича, стр. 140; ср. также Н. Неклюдовъ, приложенія къ переводу Бернера, стр. 501, конспектъ, стр. 64; А. Кистяковскій, § 286, приводитъ въ пользу ненаказуемости приготовленія еще и то соображеніе, что здѣсь отсутствуетъ вредъ и что такая безнаказанность можетъ служить стимуломъ для прекращенія дальнѣйшей преступной дѣятельности.

Прежде всего, при оцѣнкѣ этой дѣятельности, судъ, за рѣдкими исключеніями, не можетъ сдѣлать точнаго вывода о характерѣ и энергіи злой воли. Мы можемъ предполагать, что человѣкъ, купившій мышьякъ ради отравленія, приготовившій отмычку или фальшивый ключъ для кражи, дѣйствительно совершитъ убійство или кражу; но это предположеніе весьма и весьма гадательно: какъ много иногда нужно еще энергіи воли, чтобы отъ подготовительныхъ дѣйствій перейти къ самому исполненію, какой иногда значительный промежутокъ времени лежитъ между моментомъ пріобрѣтенія ножа и моментомъ выполненія убійства!

Въ то же время, допуская уголовную отвѣтственность за всякое приготовительное дѣйствіе, государство по необходимости покроетъ тяжелою сѣтью весь жизненный обиходъ: всякое дѣйствіе сколько нибудь подозрительнаго лица можетъ возбудить сомнѣніе о томъ, не скрывается ли здѣсь приготовленіе къ преступному дѣянію, и можетъ послужить основаніемъ для возбужденія уголовнаго преслѣдованія.

591. Этотъ принципъ ненаказуемости приготовительныхъ дѣйствій сдѣлался нынѣ господствующимъ въ доктринѣ и новыхъ законодательствахъ, но, однако, съ значительными исключеніями, и притомъ двоякаго рода: или кажущимися, или дѣйствительными.

Во 1-хъ, нѣкоторыя подготовительныя дѣйствія сами по себѣ, по ихъ объективному характеру, могутъ заключать вредъ или опасность для правоохраненныхъ интересовъ и подходить подъ прямые запреты закона уголовнаго: человѣкъ, укравшій ломъ для учиненія кражи изъ запертаго сундука, или задумавшій убійство и, ради его выполненія, носящій при себѣ запрещенное оружіе,—кастетъ или стилетъ, виновный, предполагающій учинить взрывъ желѣзной дороги и хранящій у себя на квартирѣ значительный запасъ взрывчатыхъ веществъ, и т. д., будутъ, конечно, наказаны за эти приготовительныя дѣйствія; но не трудно видѣть, что подобные случаи не составляютъ изъятія изъ вышеуказаннаго правила, такъ какъ виновный будетъ отвѣчать не за приготовленіе, какъ таковое, а за самостоятельное преступное дѣяніе; умыселъ, который онъ имѣлъ при этомъ, можетъ только вліять на мѣру

отвѣтственности: носящій запрещенное оружіе, хранящій взрывчатыя вещества подлежатъ наказанію, изъ какихъ бы побужденій они ни дѣйствовали.

Во 2-хъ, могутъ быть такія дѣйствія, которыя представляютъ дѣйствительную опасность для правоохраненныхъ интересовъ не всегда, а только при наличности въ нихъ извѣстнаго преступнаго намѣренія, для осуществленія коего они служатъ подготовленіемъ: такъ, поджогъ собственнаго застрахованнаго имущества, не имѣющій характера общеопаснаго поджога, наказывается только тогда, когда онъ сдѣланъ съ цѣлью получить страховую сумму, т. е. когда онъ служитъ приготовленіемъ къ мошенничеству; также весьма нерѣдко подобные случаи можно встрѣтить въ группѣ подлоговъ и поддѣлокъ. При такой комбинаціи, данное дѣйствіе получаетъ въ кодексѣ видъ самостоятельнаго преступнаго дѣянія, но съ спеціальнымъ умысломъ, свидѣтельствующимъ о его служебномъ характерѣ. Раскрытіе этой юридической природы такихъ дѣяній представляется существенно важнымъ не только для примѣнителя закона, какъ средство точнаго опредѣленія состава этихъ дѣяній, но еще болѣе для законодателя, такъ какъ, только при выясненіи этой зависимости, можетъ быть установлена справедливая пропорціональность въ наказуемости такихъ подготовительныхъ дѣйствій и тѣхъ преступныхъ дѣяній, для коихъ они служатъ подготовленіемъ.

Въ 3-хъ, могутъ быть наказуемы подготовительныя дѣйствія всякаго рода, въ виду важности тѣхъ преступленій, къ которымъ приготовляется данное лицо, въ виду того, что съ первою же попыткою осуществленія задуманнаго преступная дѣятельность становится слишкомъ опасною для правоваго порядка.

Только эта третья группа и составляетъ дѣйствительное исключеніе изъ общаго правила о ненаказуемости приготовленія, такъ какъ случаи второй группы имѣютъ смѣшанный характеръ, являясь исключеніемъ только для законодателя, а не для судьи, наказывающаго виновнаго въ этихъ случаяхъ не за приготовленіе, а за самостоятельное преступное дѣяніе.

Число же случаевъ третьей группы въ современныхъ кодексахъ становится все болѣе и болѣе ограниченнымъ, сосредоточиваясь, главнымъ образомъ, въ группѣ тяжкихъ государственныхъ преступленій и тяжкихъ посягательствъ на личность.

592. Въ нашемъ правѣ постановленія о наказуемости приготовительныхъ дѣйствій появились въ уложеніи 1845 г. и сохранились безъ измѣненія во всѣхъ послѣдующихъ изданіяхъ, не смотря на очевидную неточность ихъ редакціи. Статья 112 говоритъ: виновный подвергается наказанію за приготовленіе къ совершенію преступленій, во 1-хъ, «когда употребленныя имъ для сего средства были противозаконны». Не касаясь неточности редакціи въ томъ отношеніи, что средства, т. е. орудія, матеріалы, сами по себѣ, не могутъ быть ни законны, ни противозаконны, по существу этого постановленія нельзя не видѣть, что ст. 112 имѣетъ въ виду вышеуказанныя кажущіяся исключенія: виновный наказывается не за приготовленіе, а за совершеніе самостоятельныхъ преступныхъ дѣяній, такъ что самое это постановленіе является совершенно излишнимъ, и съ исключеніемъ этого пункта ст. 112 изъ уложенія объемъ наказуемыхъ дѣяній ни въ чемъ бы не измѣнился.

Во 2-хъ, уложеніе допускаетъ наказуемость приготовленія, «если пріобрѣтеніе сихъ средствъ было соединено съ опасностью для какого либо частнаго лица, или многихъ, или цѣлаго общества». Но и это постановленіе представляется совершенно несостоятельнымъ не только по редакціи статьи, говорящей объ опасности отъ пріобрѣтенія средства, а не отъ храненія или приспособленія ихъ, но и по существу. Положимъ, что судья признаетъ, что приготовленіе было соединено съ опасностью; но какое же наказаніе назначитъ онъ виновному? Для наказуемости, очевидно, необходимо, или чтобы эта дѣятельность была самостоятельно запрещена закономъ, но тогда примѣняется первый пунктъ; или же необходимо, чтобы это служило приготовленіемъ къ дѣянію, по отношенію къ коему и приготовленіе наказуемо, но тогда примѣняется третій пунктъ (1).

(1) Кистяковскій, стр. 567, замѣчаетъ: вооружившись этимъ крайне неопредѣленнымъ масштабомъ и ища при его помощи въ дѣйствіяхъ человѣческихъ опасностей для какого либо частнаго лица или цѣлаго общества, можно истолковать, что нашъ законъ признаетъ уголовно-виновными и уголовно-наказуемыми приготовительныя дѣйствія на каждое преступленіе, или что онъ отысканіе такихъ дѣйствій предоставляетъ усмотрѣнію суда.

Оба предшествующіе случаи уложеніе разсматриваетъ какъ квалифицированное приготовленіе, а затѣмъ оно прибавляетъ наказаніе за одно, безъ сихъ увеличивающихъ вину обстоятельствъ приготовленіе къ преступленію опредѣляется лишь въ особыхъ, именно означенныхъ законами, случаяхъ. Въ существѣ дѣла именно это положеніе одно и относится къ разбираемому вопросу.

Пересматривая же особенную часть уложенія и устава о наказаніяхъ, мы увидимъ, что такія постановленія распадаются на двѣ категоріи.

Прежде всего, законъ знаетъ рядъ преступныхъ дѣйствій, которыя запрещаются какъ самостоятельныя преступныя дѣянія, но по юридической ихъ природѣ являются подготовительными. Случаи эти крайне разнообразны; но въ видѣ примѣра можно указать: на изготовленіе, имѣніе или храненіе какихъ либо предметовъ, когда эти дѣйствія воспрещаются лишь при наличности спеціальной цѣли сбыта или употребленія такихъ предметовъ, нѣкоторые подлоги и поддѣлки, наказуемые при тѣхъ же условіяхъ, поджогъ застрахованнаго имущества съ цѣлью обмана страховыхъ обществъ, нѣкоторые случаи составленія сообществъ и шаекъ и т. д.

Далѣе, законъ наказываетъ приготовительныя дѣйствія, какъ таковыя, въ виду важности тѣхъ преступленій, которыя задуманы виновнымъ, а именно: 1) при государственныхъ преступленіяхъ, т. е. при посягательствѣ на Особу Государя и Членовъ Царствующаго Дома, причемъ наказаніе назначается за приготовленіе то же, какъ и за оконченное дѣяніе—смертная казнь, и при бунтѣ, когда дѣйствія виновныхъ не сопровождались ни смятеніями, ни иными вредными послѣдствіями; 2) при поддѣлкѣ монетъ и денежныхъ знаковъ, причемъ уложеніе перечисляетъ отдѣльныя подготовительныя дѣйствія, говоря объ отвѣтственности тѣхъ, кто дѣлалъ, доставлялъ, продавалъ или покупалъ какія либо для такой поддѣлки орудія, припасы или иныя средства; по наказуемости всѣ эти дѣйствія приравниваются къ самой поддѣлкѣ; 3) при убійствѣ по ст. 1457; 4) наконецъ, при поджогѣ по ст. 1611 (1).

(1) Впрочемъ, сенатъ въ рѣшеніяхъ по дѣлу Подкладкиныхъ ($^{74}/_{80}$) и Шаламберидзе ($^{84}/_{34}$) высказалъ, что приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты не наказуемо а дѣйствія, указанныя, напр., въ ст. 573, наказываются какъ самостоятельныя преступныя дѣянія.

При этомъ наказуемость приготовленія, какъ таковаго, при тѣхъ немногихъ преступныхъ дѣяніяхъ, гдѣ оно допускается по уложенію, предполагаетъ два условія: во 1-хъ, необходимо, чтобы виновный ограничился только приготовительными дѣйствіями и не приступалъ къ дѣйствительному осуществленію задуманнаго, такъ какъ въ этомъ случаѣ онъ будетъ отвѣчать или за покушеніе, или за оконченное преступное дѣяніе, и, во 2-хъ, чтобы остановка въ выполненіи задуманнаго имъ преступнаго дѣянія произошла по причинамъ, отъ его воли не зависѣвшимъ; если же учинившій приготовленіе остановился и по собственной волѣ не совершилъ преднамѣреннаго, то онъ, согласно ст. 113 улож., наказывается лишь въ томъ случаѣ, когда содѣянное уже имъ само по себѣ есть преступленіе и притомъ только за него, а не за то, что онъ былъ намѣренъ учинить (1).

Проектъ нашего уголовнаго уложенія содержитъ по вопросу объ отвѣтственности за приготовленіе слѣдующее положеніе: приготовленіе наказывается въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ, и если притомъ оно было остановлено по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему.

593. *Покушеніе*. Важнѣйшую роль въ излагаемомъ мною ученіи играетъ покушеніе или осуществляющаяся воля (2), противополагающаяся, съ одной стороны, волѣ, хотя и обнаруженной, подготовившейся къ дѣятельности, но еще не осуществляемой, а съ другой—оконченному дѣянію. Поэтому понятіе покушенія и требуетъ, прежде всего, установленія границъ отъ обоихъ соприкасающихся понятій, а въ особенности отъ приготовленія (3).

---

(1) Подробнѣе этотъ вопросъ будетъ изложенъ далѣе въ ученіи о покушеніи, добровольно оставленномъ.

(2) Поэтому весьма часто, даже въ новѣйшихъ учебникахъ и монографіяхъ, самый терминъ «покушеніе» — delictum inchoatum seu attentatum, conatus, tentative, Versuch — употреблялся для означенія всего ученія о степеняхъ осуществленія воли во внѣ. Ср. Чебышевъ-Дмитріевъ, о покушеніи, стр. 7.

(3) Ср. Mittermayer, über Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen, въ новомъ архивѣ уголовнаго права, II, 1819 г., стр. 602 — 616; его же: über die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks: Anfang der Ausführung zur Bezeichnung des Anfangspunktes des Versuches, въ Gerichtssaal за 1859 г., стр. 199—240; Chop, über die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch eines Verbrechen

Конечно, противополагая покушеніе умыслу обнаруженному но еще не начавшему осуществляться, мы, казалось бы, самым его наименованіемъ установляемъ логическій признакъ отграниченія: это—моментъ начала исполненія или совершенія; но этотъ признакъ, представляющійся на первый взглядъ весьма точнымъ при ближайшемъ анализѣ оказывается мнимымъ и замѣняетъ одно неопредѣленное понятіе другимъ тоже неопредѣленнымъ ([1]), такъ какъ его постановка вызываетъ естественный вопросъ: какія именно свойства должно имѣть данное дѣйствіе, чтобы его можно было признать за начало осуществленія? Представимъ себѣ, что имѣющій намѣреніе учинить кражу въ запертомъ помѣщеніи взломалъ дверь этого помѣщенія,—или отравитель захваченъ въ тотъ моментъ, когда онъ подавалъ жертвѣ чашку отравленнаго кофе,—будутъ ли эти дѣйствія началомъ осуществленія и, слѣдовательно, покушеніемъ, или же они должны быть отнесены къ приготовленію?

Поэтому понятно, что доктрина, не довольствуясь признаніемъ «начала исполненія», пыталась пріискать иныя основанія дѣленія и при томъ въ двоякомъ направленіи.

Одни выбрали простѣйшій путь и, выходя изъ того положенія что понятіе начала исполненія измѣняется не только сообразно съ природою отдѣльныхъ преступленій, но даже съ ихъ индивидуальною обстановкою, пришли къ тому выводу, что опредѣленіе границъ между приготовленіемъ и покушеніемъ не можетъ быть дѣлаемо a priori ни законодательствомъ, ни теоріею, а должно быть вполнѣ предоставлено практикѣ, а доктрина должна ограничиться только указаніемъ примѣровъ ([2]). Но такое рѣшеніе вопроса, представляя

---

nach gemeinem und particulärem deutschem Strafrecht, 1861 г.; изъ статей Миттермайера сдѣлано извлеченіе Розенгагеномъ въ журн. мин. юст. 1861 г. № 2.

([1]) Извѣстенъ также афоризмъ Росси (Traité гл. XXIX): «виновный въ покушеніи можетъ сказать: я хочу перестать; виновный въ приготовленіи—я не хочу начинать»; но справедливо замѣчаетъ Haus, № 412, пр. 8, что за этимъ слѣдуетъ естественный вопросъ: когда виновный можетъ употребить то или другое изъ этихъ выраженій?

([2]) Ср. Chop, стр. 8; Schütze, Lehrbuch, стр. 133. Такое направленіе находитъ много защитниковъ между французскими криминалистами. Ср. Garraud, № 114; Lainé, № 149.

ъ дѣйствительности простой обходъ затрудненій, едва-ли можно читать удовлетворительнымъ.

Другіе стремятся установить внутреннее основаніе для разграниченія понятій покушенія и приготовленія, причемъ попытки ти, въ особенности въ германской литературѣ, представляются райне разнообразными, такъ что, не останавливаясь на отдѣльныхъ эоріяхъ, я укажу только на обрисовку основныхъ типовъ, въ обенности тѣхъ, которые отразились на нашей докринѣ и практикѣ (1).

Формула для систематики этихъ попытокъ дается самимъ онятіемъ покушенія. Преступная воля при покушеніи начинаетъ вое воплощеніе во внѣ, но не достигаетъ предположеннаго дѣйствующимъ посягательства на правоохраненный интересъ; слѣдовательно, существеннаго признака покушенія, отличающаго его тъ приготовленія, можно искать или въ характеристикѣ воли, ремящейся къ посягательству—попытка теорій субъективныхъ, ли въ характеристикѣ преступной дѣятельности, не достигшей ебуемой закономъ полноты,—попытка теорій объективныхъ.

594. Теорія субъективная выходитъ изъ того положенія, что къ какъ мы въ покушеніи наказываемъ не причиненіе вреда, рѣшимость на его причиненіе, то и покушеніемъ можно признать только такую дѣятельность, которая даетъ намъ возможность точностью установить наличность энергической, твердо рѣшивейся на преступленіе воли.

Такимъ образомъ, говоритъ главный представитель этого направленія Бауеръ (2), покушеніе существуетъ, какъ скоро кто либо оявилъ (an den Tag gelegt hat) свое намѣреніе совершить извѣстое преступленіе въ такомъ внѣшнемъ дѣяніи, которое само по бѣ уже пригодно для распознанія въ немъ бытія преступнаго ысла; конечно, продолжаетъ онъ, наиболѣе пригоднымъ средвомъ для подобнаго различенія являются дѣянія, въ которыхъ ключается начало исполненія; но это не составляетъ необхо-

---

(1) Ср. Chop, стр. 8—48; болѣе подробное изложеніе см. въ моемъ курсѣ, II, р. 305; также Колоколовъ, стр. 48 и сл.

(2) Въ его Abhandlungen, I, стр. 312 и сл.

димаго условія, такъ какъ умыселъ можетъ быть распознаваемъ изъ такихъ дѣйствій, которыя не могутъ быть характеризовань какъ начало исполненія. Но кто же будетъ рѣшать этотъ вопрос о распознаваемости воли изъ даннаго дѣйствія? Будетъ ли эт дѣлать судья, разбирающій данный случай, или же признак распознаваемости могутъ быть устанавливаемы и законодателемъ

Бауеръ принимаетъ первое, наиболѣе естественное рѣшені говоря, что значеніе отдѣльныхъ дѣйствій, съ точки зрѣнія расп знаваемости воли, зависитъ не только отъ юридической природ дѣянія, но и отъ обстоятельствъ отдѣльнаго случая; но въ то ж время онъ пытается указать a priori (стр. 318 и сл.) такія дѣй ствія, которыя, по его мнѣнію, ни въ какомъ случаѣ не могут служить для распознаваемости воли, относя сюда: во 1-хъ, неост рожныя дѣянія и во 2-хъ, всѣ тѣ дѣйствія, которыя принимаютс для подготовленія выполненія преступленія или которыя приним ются на случай выполненія преступленія, для избѣжанія поимк для обезпеченія пользованія плодами преступленія и т. д.

595. Эти соображенія съ небольшими измѣненіями повторя лись и позднѣйшими, довольно многочисленными представителям субъективнаго направленія и, въ частности, наиболѣе ревностным защитникомъ его въ современной нѣмецкой доктринѣ—Бури ([1]).

При покушеніи, говоритъ онъ, существуетъ въ полномъ объем составъ субъективный, но отсутствуетъ внѣшняя сторона. Существ покушенія, конечно, необходимо предполагаетъ недостатокъ каког либо изъ признаковъ, входящихъ въ объективный составъ; н какъ скоро въ данномъ случаѣ недостаетъ хотя бы самаго незна чительнаго изъ этихъ признаковъ, то объективная сторона дѣяні не имѣетъ ровно никакого значенія: мы не можемъ признать здѣс ни цѣлаго правонарушенія, ни половины, ни вообще какой либ его части. Покушеніе существуетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда из

(1) Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1862 г.; его же, über das Wesen d Versuchs, въ архивѣ Гольтдаммера за 1877 г.; его же Versuch und Causalität, Gerichtssaal за 1880 г., стр. 321 и сл.; его же, die Causalität, въ Gerichtssaa 1885 г. (Beilageheft) стр. 114 и сл. Болѣе подробное изложеніе его теоріи, основныхъ чертахъ не измѣнившейся и въ послѣдней работѣ, см. у олоколов стр. 55.

ъективныхъ фактовъ ясно вытекаетъ, что данное дѣйствіе пред-
гинято для нарушенія уголовнаго закона, такъ какъ мы здѣсь
мѣемъ волю, которая въ воплощенномъ видѣ противопоставила
бя уголовному закону, а потому и не принадлежитъ болѣе къ
нутренней области человѣка. Въ позднѣйшихъ трудахъ Бури по-
сняетъ это начало тѣмъ, что воля, проявляющаяся въ покушеніи,
олжна быть серьезна,—другими словами, ея энергія должна исклю-
ать предположеніе, что субъектъ не имѣлъ еще окончательной
ободной рѣшимости. Оттого, прибавляетъ Бури, и по теоріи
бъективной приготовительныя дѣйствія должны быть признаны
наказуемыми [1].

596. Теорія субъективная нашла много сторонниковъ и между
шими криминалистами [2], хотя и съ значительными отклоне-
ями въ сторону теоріи объективной; таково, напр., построеніе
оф. Чебышева-Дмитріева въ его «ученіи о покушеніи». «Для
чала совершенія», говоритъ авторъ (стр. 85), «не нужно требовать
премѣнно, чтобы дѣйствіе лица начало осуществлять составъ
мaго преступленія, или же представляло собою отдѣльную часть
става. Покушеніе является во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда дѣй-
віе свидѣтельствуетъ, что лицо приступило къ непосредствен-
му совершенію самаго преступленія... А для такого свидѣ-
льства достаточно, чтобы дѣйствіе заставляло предполагать о
еступномъ намѣреніи ...чтобы оно служило подкрѣпленіемъ
казательствъ субъективной виновности дѣянія». Такое свойство
йствія составляетъ его подозрительность... «Подозрительность
даетъ дѣйствію то внутреннее свойство, въ силу котораго оно
жетъ быть наказуемо какъ покушеніе... Воръ, лѣзущій въ
но, совершаетъ покушеніе на кражу; но воръ, одѣтый монахомъ
входящій въ лакейскую, не можетъ быть признанъ виновнымъ
покушеніи, хотя оба они находятся въ одинаковомъ положеніи;

---

[1]) Такой же признакъ покушенія—наличность твердой рѣшимости, ставитъ
рце въ Handbuch Holtzendorf'a, § 3.

[2]) Такъ, къ безусловно субъективному воззрѣнію примыкаютъ: С. Баршевъ,
ченію о покушеніи, въ русскомъ вѣстникѣ за 1861 г; Орловъ, о покушеніи,
23 и сл., 102 и сл.

еще менѣе можетъ быть признанъ виновнымъ въ покушеніи муж
вынимающій брилліанты жены съ цѣлью кражи». При этомъ авто
не даетъ никакихъ объясненій этимъ выводамъ, но затѣмъ ус
новляетъ общую характеристику подозрительности: «для призна
дѣйствія подозрительнымъ нужно, чтобы оно или прямо сви
тельствовало, или по крайней мѣрѣ давало сильное предположені
томъ, что дѣйствіе въ данномъ случаѣ было предпринимаемо д
совершенія преступленія». Въ результатѣ Чебышевъ-Дмитріе
приходитъ (стр. 88) къ такому выводу: для признанія какого ли
дѣйствія покушеніемъ необходимы три условія: 1) чтобы дѣйст
было предпринято съ цѣлью совершить задуманное преступлені
2) чтобы оно было подозрительно; 3) чтобы оно или начинало во
произведеніе состава преступленія, или непосредственно предш
ствовало дѣйствіямъ, воспроизводящимъ этотъ составъ, слу
средствомъ его совершенія.

597. Это воззрѣніе, даже и въ его новѣйшей обработкѣ, доп
скаетъ существенныя возраженія, какъ практическія, такъ и те
ретическія.

Существеннымъ моментомъ покушенія является, конечно, зл
воля; нельзя наказать человѣка за покушеніе, если мы не можем
на основаніи учиненнаго, опредѣлить юридическое свойство эт
воли; но это положеніе одинаково относится не только къ п
кушенію или къ приготовленію, но даже и къ обнаружені
умысла: нельзя наказать за приготовленіе къ убійству, пока м
не убѣдимся, что дѣйствіе, совершенное виновнымъ, свидѣтел
ствуетъ о наличности умысла на убійство; а то, что являет
общимъ признакомъ всѣхъ ступеней проявленія преступной вол
не можетъ служить основаніемъ отграниченія одной ступени ра
витія отъ другой.

Если же мы будемъ придавать особенное значеніе тому обсто
тельству, что при покушеніи дѣйствіе виновнаго, само по себѣ, б
зотносительно къ обстоятельствамъ, его сопровождающимъ, долж
служить средствомъ распознать преступную волю, должно бы
подозрительно, то мы дадимъ дѣленію основаніе, совершенно н
устойчивое.

Съ одной стороны, нѣтъ и не можетъ быть фактовъ, которы

priori, могли бы считаться безусловно пригодными для распозна-
iя осуществляющейся воли, а потому законодатель не имѣетъ ни-
акой возможности указать на какія либо дѣйствія, которыя всегда
огли бы считаться покушеніемъ или, наоборотъ, которыя никогда
ы не были пригодны для таковаго распознаванія.

Если же мы перенесемъ центръ тяжести на судью и будемъ
оворить, что покушеніемъ долженъ считаться тотъ фактъ, изъ
отораго въ данномъ случаѣ можно распознать характеръ умысла,
о мы введемъ въ опредѣленіе столь важнаго юридическаго поня-
ія, какъ покушеніе, совершенно случайный элементъ—индивиду-
льную способность судящаго къ анализу обсуждаемаго факта.
амъ, гдѣ опытный сыщикъ или даже просто человѣкъ, привыкшій
нимательно относиться къ окружающимъ явленіямъ, увидитъ
есомнѣнные признаки преступной воли, тамъ человѣкъ неопыт-
ый, легкомысленный не усмотритъ никакихъ преступныхъ слѣ-
овъ. Спрашивается, какую же способность распознаванія взять за
ѣрило, или же нужно признать право каждаго судьи дѣйствовать
ообразно со своими способностью и опытностью?

А эти затрудненія увеличатся еще болѣе, если мы поста-
имъ признакомъ покушенія ни распознаваемость преступной воли
ообще, а распознаваемость воли энергической, серьезной.

598. Иначе ставится опредѣленіе этихъ границъ школою
бъективною. Начало исполненія, говоритъ Цахаріе [1], призна-
аемый главнымъ представителемъ этого направленія, существуетъ
огда, когда совершено дѣйствіе, которое можетъ разсматриваться,
акъ дѣйствительная составная часть запрещеннаго закономъ
роступка, когда положено начало самому нарушенію закона; до
того же момента дѣйствіе виновнаго можетъ быть разсматриваемо
ишь какъ приготовленіе. Подобно тому, прибавляетъ Цахаріе далѣе,
акъ границы оконченнаго преступнаго дѣянія и покушенія могутъ
ыть проведены только сообразно съ понятіемъ законнаго состава
тдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, такъ это же условіе должно
предѣлять границы покушенія и приготовленія.

---

(1) Die Lehre vom Versuche, I, § 108.

Это положеніе и послужило отправною точкою объективна воззрѣнія, поставившаго затѣмъ дальнѣйшею своею задачею раз тіе понятія о томъ, воспроизведеніе какихъ именно элементо состава можетъ служить характеристикою покушенія (¹).

599. Нѣсколько съ инымъ оттѣнкомъ встрѣчается объективн теорія у тѣхъ писателей, которые придаютъ главное значен абстрактной или предполагаемой причинной связи между дѣ ствіемъ и замышленнымъ преступнымъ посягательствомъ. За таку постановку въ общихъ чертахъ высказался Гейбъ (²), относя к покушенію не только тѣ дѣйствія, которыя заключаютъ нача исполненія, но и тѣ, которыя сами по себѣ представляют объективно опасными. Это же воззрѣніе въ новѣйшее время защи щаетъ Конъ (³). Покушеніе, говоритъ онъ, означаетъ попытк достигнуть того или другаго результата; поэтому оно мыслимо лиш тогда, когда учиненное можетъ быть относимо къ предположе ному преступному дѣянію, какъ основаніе къ послѣдствію, при чемъ Конъ отличаетъ основаніе отъ причины: причина создает данное измѣненіе, основаніе дѣлаетъ возможнымъ его наступлені Такимъ образомъ, покушеніе не можетъ заключаться въ дѣя тельности, которая вызываетъ результатъ съ необходимостью ибо таковая дѣятельность находилась бы къ послѣдствію въ отно шеніи причины, а не простаго основанія; но съ другой стороны покушеніемъ не можетъ быть такое дѣйствіе, которое in abstract

---

(¹) Къ защитникамъ объективнаго воззрѣнія относятся изъ нѣмецкихъ крими налистовъ—Herr, Osenbrüggen, Chop, Geyer, Berner, Schütze, Листъ въ первом изданіи, а во второмъ (стр. 185) онъ отказывается отъ проведенія какихъ либ твердыхъ границъ; H. Meyer въ послѣднемъ изданіи (стр. 259) также нѣсколь отступаетъ отъ этого, прежде имъ раздѣляемаго положенія и предлагаетъ тако объективное различіе: приготовительныя дѣйствія суть тѣ, которыя обусловли ваютъ наступленіе результата въ его конкретной формѣ, а покушеніе—тѣ дѣй ствія, которыя обуславливаютъ наступленіе послѣдствія въ его отвлеченном понятіи, т. е. какъ существеннаго момента юридическаго понятія о данном дѣяніи; изъ французскихъ за объективное различіе—F. Hélie, Ortolan, Hau изъ русскихъ—Спасовичъ, Будзинскій, Неклюдовъ, Кистяковскій.

(²) Lehrbuch, II, стр. 279.

(³) Zur Lehre vom Versuch, стр. 335 и сл., разборъ его теоріи въ статьѣ Бур въ Gerichtssaal за 1880 г.

е можетъ привести къ преднамѣренному результату; поэтому, понятіе покушенія примѣнимо лишь къ той дѣятельности, которая заключаетъ въ себѣ альтернативу удачи и неудачи. Покушеніе (стр. 367) есть учиненіе дѣянія, пригоднаго воспроизвести послѣдствіе, необходимое для состава преступленія и направленное къ конкретному произведенію результата, но не достигшее своей цѣли.

Этотъ оттѣнокъ объективной теоріи былъ у насъ усвоенъ еще сводомъ законовъ, но отброшенъ составителями уложенія 1845 г., какъ безъ нужды крайне съуживающій область покушенія.

600. Изъ законодательствъ объективное воззрѣніе на покушеніе было усвоено прежде всего французскимъ [1], причемъ дѣйствующій французскій кодексъ довольствуется только указаніемъ на признакъ «начало исполненія . . .», предоставляя разъясненіе этого понятія суду. Французскій же кассаціонный судъ призналъ [2], что при отравленіи подмѣсь, напр., яда въ какое либо питье, сама по себѣ взятая, составляетъ только приготовленіе; но какъ скоро питье поставлено въ такое мѣсто, откуда, по обыкновенному ходу вещей, оно должно быть взято лицомъ, коему оно предназначается, или подано жертвѣ, дѣяніе становится покушеніемъ (рѣш. 17 Дек. 1874 г.); что при поджогѣ добываніе горючихъ матеріаловъ составляетъ только приготовленіе, хотя бы такое добываніе или имѣніе матеріаловъ было уже соединено съ опасностью для имущества; но коль скоро горючіе матеріалы помѣщены такимъ образомъ, что, помимо всякой дальнѣйшей дѣятельности виновнаго, по естественному ходу вещей, пожаръ долженъ произойти или когда предметъ дѣйствительно зажженъ, дѣяніе становится покушеніемъ (рѣш. 20 Іюля 1861 г.); что при кражѣ осмотръ мѣстности, принесеніе лѣстницы или иныхъ инструментовъ, пригодныхъ для учиненія кражи, составляетъ приготовительное дѣйствіе; но если виновный уже проникъ

---

[1] Въ первый разъ признакъ покушенія «commencement d'exécution» былъ принятъ французскимъ революціоннымъ законодательствомъ, именно закономъ 22 преріаля, IV года.

[2] F. Hélie, pratique, II, № 6.

въ домъ, взломалъ хранилище, въ коемъ находится похищаемый предметъ, то дѣяніе его становится покушеніемъ, хотя бы виновный и не взялъ въ свое обладаніе похищаемый предметъ; вообще взломъ или влѣзаніе въ помѣщеніе, въ коемъ должна совершиться кража, составляютъ покушеніе, такъ какъ самъ законъ опредѣляетъ подобное преступное дѣяніе, какъ кражу со взломомъ или съ влѣзаніемъ.

Воззрѣніе французскаго кодекса не только сдѣлалось господствующимъ въ законодательствахъ романскихъ, но перешло и въ Германію; такъ, кодексы прусскій 1851 г., § 31, и баварскій 1861 г., § 47, повторяютъ опредѣленіе code pénal; на этой же почвѣ создалось постановленіе дѣйствующаго германскаго уложенія, которое въ § 43 говоритъ: «кто проявитъ рѣшимость совершить преступленіе или проступокъ такимъ дѣйствіемъ, которое содержитъ въ себѣ начало выполненія этого преступленія или проступка, тотъ, если задуманное преступленіе или проступокъ не произошли, подлежитъ наказанію какъ за покушеніе». Какъ объясняютъ комментаторы ([1]), наличность начала выполненія можетъ быть признана тогда, когда началось совершеніе какого либо дѣйствія, принадлежащаго къ существеннымъ условіямъ состава даннаго преступленія; при преступленіяхъ квалифицированныхъ или сложныхъ, покушеніемъ можетъ быть и совершеніе дѣянія, предшествующаго главному акту: таковы, напр., взломъ или влѣзаніе при кражѣ, насиліе при изнасилованіи.

601. Въ нашемъ правѣ ([2]) объективное воззрѣніе на покушеніе было установлено въ сводѣ законовъ. Ст. 9 (по изд. 1842 г.) говорила: покушеніемъ къ преступленію почитается намѣреніе учинить оное, когда намѣреніе сіе обнаружено такимъ дѣйствіемъ, коего необходимымъ послѣдствіемъ было бы совершеніе преступленія; такъ что условіемъ покушенія ставилось бытіе если не конкретной, то абстрактной причинной связи, и, напр., взломъ замка, по смыслу ст. 9, не могъ бы быть признанъ

([1]) Oppenhof, § 43, № 6; въ этомъ смыслѣ состоялись и рѣшенія Reichsgericht'а о кражѣ со взломомъ и со влѣзаніемъ, о подлогѣ.

([2]) См. историческія указанія въ моемъ курсѣ, II, № 314.

покушеніемъ на кражу, такъ какъ, конечно, взятіе вещи нельзя признать его необходимымъ послѣдствіемъ.

Иную формулу покушенія даетъ уложеніе, по которому (ст. 9) покушеніемъ признается всякое дѣйствіе, коимъ начинается или продолжается приведеніе злаго намѣренія въ исполненіе; причемъ эта формула всего скорѣе можетъ быть понимаема въ смыслѣ объективной теоріи. Такъ разъяснила это постановленіе и наша кассаціонная практика, говоря, что для признанія дѣянія покушеніемъ необходимо, чтобы дѣйствіе, совершенное виновнымъ, входило въ составъ законныхъ признаковъ даннаго преступленія (1).

Въ этомъ же объективномъ смыслѣ опредѣлено покушеніе и въ проектѣ уголовнаго уложенія, который признаетъ таковымъ «дѣйствіе, коимъ начинается осуществленіе преступнаго дѣянія, коего осуществленія желалъ виновный», т. е., какъ прибавляетъ объяснительная записка, дѣйствіе, входящее въ законный составъ преступнаго дѣянія: все равно, будетъ ли оно относиться къ главному акту, или же, при сложныхъ и квалифицированныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, будетъ обусловливать или дѣлать возможнымъ совершеніе главнаго акта (2).

602. Это положеніе объективной теоріи, что покушеніе есть дѣйствіе, коимъ воспроизводится, хотя и не вполнѣ, законный составъ преступленія, вполнѣ справедливое и по моему мнѣнію, въ виду его практической важности, требуетъ болѣе подробнаго разсмотрѣнія.

Составъ большинства преступныхъ дѣяній заключаетъ въ себѣ два рода признаковъ: съ одной стороны, дѣйствіе или бездѣйствіе виновнаго, включая сюда и дѣятельность вызванныхъ имъ или содѣйствующихъ ему силъ, съ другой,—разнообразныя обстоятельства, при которыхъ и въ соотношеніи съ которыми учиняется

---

(1) Рѣшенія по дѣламъ: Жучкова (67/447); Юханова (68/568); Никитина (68/696); Епифанова (70/46); Коновалова (71/889) и др. Практика сената представляла, впрочемъ, нѣкоторыя колебанія въ этомъ отношеніи. Ср. мой курсъ, II, № 314.

(2) Какъ указано въ объяснительной запискѣ, постановка въ проектѣ вопроса о покушеніи вызвала одобрительные отзывы со стороны многихъ германскихъ ученыхъ—Вальберга, Гейера, Меркеля, С. Майера.

преступное дѣяніе; поэтому, говоря, что покушеніе есть начатое, но неоконченное воспроизведеніе состава преступнаго дѣянія, мы имѣемъ въ виду только первую группу признаковъ. Поясню это примѣрами: высшимъ видомъ богохуленія считается по нашему уложенію (ст. 176) возложеніе хулы на божество публично, въ церкви; такимъ образомъ, къ существеннымъ элементамъ состава относятся, во 1-хъ, дѣйствіе —возложеніе хулы, и, во 2-хъ, условія мѣста и времени—публично, въ церкви; а потому, говоря о покушеніи, мы имѣемъ въ виду только первый элементъ состава, т. е. начатое, но не оконченное хуленіе; что же касается отсутствія или юридической неполноты элементовъ втораго рода, то они могутъ или измѣнять квалификацію дѣянія, такъ, напр., обида въ публичномъ мѣстѣ обращается въ простую обиду, какъ скоро отпадаетъ условіе публичности, или вовсе уничтожаетъ преступность, какъ, напр., въ выше приведенномъ примѣрѣ богохуленія; но они не могутъ имѣть никакого значенія для установленія понятія о покушеніи.

При тѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, въ законный составъ коихъ входятъ дѣйствія другихъ лицъ, имѣющія по отношенію другъ къ другу значеніе условій, не видоизмѣняющихъ дѣятельность, а, такъ сказать, сопровождающихъ ее, оттѣняющихъ ея юридическое значеніе, эти дѣйствія должны быть относимы ко второй группѣ условій; такъ, при убійствѣ шайкою, такое значеніе имѣетъ наличность шайки, а потому, при отсутствіи этого условія, дѣяніе будетъ простымъ убійствомъ, а не покушеніемъ на убійство шайкою; при вступленіи въ бракъ безъ согласія родителей, наличность или отсутствіе такого согласія обусловливаетъ преступность дѣянія, но не имѣетъ никакого значенія для понятія покушенія.

Но не могутъ ли быть такимъ дополнительнымъ элементомъ состава дѣйствія самого же виновнаго, отдѣльныя и не зависимыя отъ главнаго дѣйствія? Обзоръ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній дѣйствительно указываетъ намъ на существованіе такихъ случаевъ, разрѣшеніе коихъ, понятно, должно быть аналогично съ предшествующими, такъ какъ эта дополнительная дѣятельность является обстановкою даннаго преступнаго дѣянія, а не элементомъ основной дѣятельности. Таковы, напр., всѣ случаи повторенія преступнаго дѣянія, какъ квалифицированной формы преступленій;

для бытія таковой формы необходима двоякая преступная дѣятель-
ность—настоящая и прошедшая, за которую виновный былъ уже
осужденъ и наказанъ; очевидно, что бытіе или небытіе этой
прежней дѣятельности имѣетъ существенное значеніе для квалифи-
каціи новаго дѣянія, но не играетъ никакой роли въ опредѣле-
ніи понятія покушенія; такое же значеніе имѣетъ, напр., по
нашему уложенію (2 ч. 1701), при продажѣ имущества, похищен-
наго самимъ продающимъ, актъ прежде учиненной кражи и т. д.
Обыкновенно такою дополнительною дѣятельностью является пред-
шествующая дѣятельность, преступная или не преступная; но это
не исключаетъ возможности и такой комбинаціи, когда подобная
дополнительная дѣятельность будетъ одновременна съ главною.

Такимъ образомъ, для понятія покушенія необходимо начало
или продолженіе той дѣятельности, которою характеризуется осу-
ществленіе преступнаго намѣренія, или же, при нѣкоторыхъ, пре-
имущественно квалифицированныхъ видахъ преступныхъ дѣяній,
и такая дѣятельность, которая обусловливаетъ или дѣлаетъ воз-
можною главную дѣятельность, предполагая, конечно, что такая
подготовительная дѣятельность внесена, какъ таковая, въ законный
составъ преступнаго дѣянія (1).

Конечно, дѣятельность, входящая въ область покушенія, должна
быть внѣшне выраженнымъ событіемъ; но это условіе, вытекая изъ
общаго понятія о покушеніи, какъ осуществленіи воли, въ новыхъ
кодексахъ особо не указывается, а подразумѣвается (2).

Далѣе, покушеніе предполагаетъ дѣятельность, обусловливающую
бытіе законнаго состава, но вовсе не требуетъ дѣятельности, коей
необходимымъ послѣдствіемъ было бы осуществленіе задуман-
наго, которая находилась бы въ прямой и непосредственной связи съ
желаемымъ нарушеніемъ закона, такъ какъ, съ одной стороны, въ

---

(1) Таково, напр., значеніе взлома при кражѣ со взломомъ; но если въ составъ
преступнаго дѣянія входитъ результатъ дѣятельности — извѣстное состояніе или
положеніе виновнаго, то дѣятельность, подготовляющая такой результатъ, сама
по себѣ въ область покушенія не входитъ.

(2) Прежняя нѣмецкая доктрина, а за нею и партикулярныя законодательства
опредѣляли покушеніе, какъ «ausserliche Handlung», или «ausserlich erkenbare
Handlung». Ср. Zachariae, I, § 103; Chop, стр. 53. Во Франціи только при ревизіи
кодекса въ 1832 г. выкинули изъ опредѣленія покушенія выраженіе «manifestée
par les actes extérieurs», какъ могущее только вести къ недоразумѣніямъ.

большинствѣ преступныхъ дѣяній такое достиженіе задуманнаго возможно только благодаря различнымъ привходящимъ силамъ, содѣйствующимъ виновному, а съ другой, въ сложныхъ преступныхъ дѣяніяхъ самая дѣятельность можетъ состоять изъ нѣсколькихъ актовъ, не составляющихъ одной непрерывно развивающейся дѣятельности, какъ, напр., взломъ сундука и тайное взятіе вещи при кражѣ.

Дѣятельность, входящая въ область покушенія, объемлетъ не только тѣ дѣйствія, которыя составляютъ первый приступъ къ преступной дѣятельности, но и тѣ, въ коихъ она получаетъ дальнѣйшее развитіе, вплоть до окончанія дѣянія, т. е. объемлетъ, говоря словами дѣйствующаго уложенія, и то, чѣмъ продолжается приведеніе злаго намѣренія въ исполненіе.

Дѣятельность эта сама по себѣ можетъ быть юридически безразлична или же она, и безотносительно къ тому намѣренію, которое осуществляетъ виновный, воспрещена закономъ, какъ, напр., побои, употребленные какъ средство покушенія на убійство. Въ послѣднемъ случаѣ учиненное виновнымъ составляетъ идеальную совокупность двухъ нарушеній закона и его отвѣтственность опредѣляется по важнѣйшему изъ нарушеній.

Но, во всякомъ случаѣ, для признанія извѣстной дѣятельности покушеніемъ, необходимо доказать наличность субъективнаго момента, т. е. необходимо доказать, что эта дѣятельность была осуществленіемъ злой воли, такъ какъ только благодаря этому условію она и получаетъ уголовно-наказуемый характеръ. Въ этомъ отношеніи объективное воззрѣніе отнюдь не игнорируетъ значенія преступной воли въ покушеніи, а только для характеристики этой стадіи развитія воли ищетъ во внѣ признаковъ объективнаго свойства, которые могли бы дать устойчивость судебной практикѣ.

603. Дѣятельность, входящая въ составъ преступнаго дѣянія и дающая содержаніе покушенію, не представляетъ чего либо неизмѣннаго по отношенію ко всѣмъ видамъ таковыхъ дѣяній; напротивъ того, оставаясь тою же по существу, какъ, напр., физическое насиліе, угрозы, ложь, она можетъ являться съ различнымъ юридическимъ значеніемъ, смотря по составу преступныхъ дѣяній, для коихъ она служила средствомъ, такъ что одно и то же дѣй-

ствіе—насиліе, взломъ, лишеніе свободы и т. д., можетъ быть то приготовительнымъ дѣйствіемъ, то покушеніемъ: такъ, напр., взломъ помѣщенія будетъ покушеніемъ при кражѣ и приготовленіемъ при убійствѣ.

Установленіе этой грани, отдѣляющей покушеніе отъ приготовленія, можетъ быть дѣлаемо или на основаніи законнаго состава преступнаго дѣянія, когда свойства и условія дѣятельности виновнаго прямо очерчены закономъ, или же на основаніи особенностей данной обстановки преступнаго дѣянія, на основаніи способа дѣйствія, выбраннаго виновнымъ, даже иногда на основаніи характера средствъ, имъ употребленныхъ (1).

Такъ, напр., отравленіе, какъ видъ убійства, предполагаетъ лишеніе жизни путемъ введенія въ организмъ разрушающихъ его веществъ. Это введеніе можетъ быть выполнено двояко: или насильственно, когда жертва сознаетъ дѣйствіе, надъ нею совершаемое, или незавѣдомо для жертвы, когда она, не подозрѣвая опасности совершающагося, сама содѣйствуетъ введенію въ свой организмъ яда. Если мы возьмемъ первый видъ отравленія, когда преступное намѣреніе осуществляется насильственнымъ нападеніемъ на жертву, то для того, чтобы приступить къ началу исполненія, преступникъ долженъ поставить себя въ такое положеніе, при которомъ нападеніе сдѣлалось бы возможнымъ. Поэтому, если виновный пріобрѣлъ ядъ, приготовилъ его, намазалъ ядомъ оружіе, отправился на то мѣсто, гдѣ долженъ былъ встрѣтить жертву и, наконецъ, прибылъ туда,—онъ совершилъ тѣмъ только приготовительныя къ отравленію дѣйствія; но какъ скоро онъ бросился на жертву, наноситъ ударъ отравленнымъ оружіемъ, пытается ввести ядъ инымъ какимъ либо образомъ—нападеніе началось и его дѣйствія подходятъ подъ понятіе покушенія. Если же виновный выбралъ другой способъ отравленія, при которомъ для осуществленія умысла предполагается введеніе жертвы въ заблужденіе и совершеніе надъ нею, подъ вліяніемъ заблужденія, ряда дѣйствій, послѣдствіемъ коихъ будетъ отравленіе, то въ область приготовленія

(1) Ср. примѣры изъ нашей кассаціонной практики въ моемъ изданіи уложенія, подъ статьями 9, 1637, 1644, 1661, 1690, 1691 и др.

отойдутъ всѣ тѣ дѣйствія, при помощи коихъ виновный сдѣлалъ заблужденіе возможнымъ. Виновный пріобрѣлъ и приготовилъ ядъ, влилъ его въ чашку съ кофе, отнесъ чашку жертвѣ—всѣ эти дѣйствія несомнѣнно входятъ въ область приготовленія; но самый актъ передачи отравы, подъ видомъ лекарства, питья, составляетъ то дѣйствіе лица, коимъ начинается приведеніе злаго умысла въ исполненіе: жертва беретъ чашку съ отравленнымъ напиткомъ, подноситъ ко рту, пьетъ,—все это составляетъ уже покушеніе. Такое же толкованіе должно быть допущено и въ томъ случаѣ, когда виновный не передалъ непосредственно чашку съ отравою въ руки жертвы, а поставилъ ее передъ нею на столъ, подмѣшалъ ядъ въ водку, вылилъ въ графинъ и поставилъ графинъ въ тотъ шкафъ, изъ котораго, какъ онъ предполагалъ, возьметъ и выпьетъ ее намѣченная имъ жертва: моментъ поставленія чашки на столъ, графина въ шкафъ, и будетъ отдѣлять приготовленіе отъ покушенія; все дальнѣйшее, т. е. налитіе водки, поднесеніе ко рту и т. д. отойдетъ уже въ область дѣйствій, составляющихъ покушеніе на отравленіе. Основанія для разграниченія этихъ понятій останутся тѣ же, если посредствующимъ звеномъ будутъ дѣйствія третьяго лица, не понимающаго существа совершаемаго имъ: такимъ образомъ, если отравленное питье было налито изъ графина не самою жертвою, а напр., ея дочерью, то наливаніе послѣднею питья, или отнесеніе налитаго, составляютъ дѣйствія, подходящія подъ понятіе покушенія.

Подобнымъ же образомъ могутъ быть разграничены эти понятія и при другихъ преступныхъ дѣяніяхъ. Такъ, при похищеніи со взлѣзаніемъ, гдѣ элементами законнаго состава являются похищеніе вещи и взлѣзаніе, положимъ, въ окно, покушеніе начнется съ момента взлѣзанія, а принесеніе лѣстницы, приставленіе ея къ окну, какъ дѣйствія, дѣлающія взлѣзаніе возможнымъ, отойдутъ къ приготовленію. При поджогѣ, собираніе матеріаловъ, добываніе огня будетъ приготовленіемъ; но съ того момента, когда зажженные матеріалы будутъ подложены подъ зажигаемый предметъ, начинается область покушенія.

604. Установивъ такимъ образомъ признаки понятія покушенія, я перехожу къ другому, также весьма любопытному

вопросу: при всѣхъ ли преступныхъ дѣяніяхъ покушеніе юридически возможно, имѣя, конечно, въ виду не конкретные случаи, а теоретическую обрисовку отдѣльныхъ преступныхъ типовъ.

Сенатъ нашъ, въ извѣстномъ своемъ рѣшеніи по дѣлу Кузьмина и Киселева, 1869 г., № 569, отвѣтилъ на данный вопросъ весьма категорично, что «покушеніе, какъ самый близкій къ осуществленію преступной воли моментъ, присуще каждому преступному дѣянію и что, такъ какъ преступленіе можетъ быть признано совершившимся лишь тогда, когда цѣль злаго умысла вполнѣ достигается, то отрицать возможность покушенія при какомъ бы то ни было преступномъ дѣйствіи значитъ утверждать невозможность его неудачи, т. е. доходить до явно несостоятельнаго заключенія» ([1]).

Не касаясь едва-ли точнаго указанія сената на то, что для понятія совершившагося преступнаго дѣянія необходимо полное достиженіе цѣли, ибо такое утвержденіе противорѣчитъ, какъ мы увидимъ далѣе, и теоретическому понятію объ оконченномъ преступномъ дѣяніи, и въ особенности опредѣленію нашего уложенія (ст. 10), нельзя не сказать, что и первое положеніе сената, о возможности покушенія при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, представляется не убѣдительнымъ.

Разсужденіе сената заключаетъ въ себѣ силлогизмъ, невѣрный въ посылкахъ, а потому приводящій къ невѣрному выводу. Если мы забудемъ, что преступное дѣяніе есть понятіе юридическое, во многихъ отношеніяхъ искусственное, а будемъ смотрѣть на него только какъ на событіе внѣшняго міра, совершающееся, какъ и все въ мірѣ, во времени, то, конечно, представить себѣ какое либо дѣяніе не допускающимъ покушенія, а слѣдовательно, не имѣющимъ начала, логически невозможно. Но при такомъ разсужденіи мы произвольно замѣняемъ юриди-

---

([1]) Нельзя не прибавить, что это положеніе сената не стоитъ въ дѣйствительной связи съ тѣмъ рѣшеніемъ, въ коемъ оно высказано, такъ какъ въ данномъ случаѣ разрѣшался частный вопросъ о допустимости покушенія на разбой при той обрисовкѣ, которая дана этому преступленію въ 1627 ст. уложенія, и утвердительное разрѣшеніе этого вопроса сенатомъ представляется вполнѣ правильнымъ.

ческое понятіе понятіемъ біологическимъ, или логическимъ, а въ особенности дѣлаемъ подмѣнъ понятій «покушеніе» и «недовершеніе» или «начало», а между тѣмъ эти понятія представляются нетождественными. «Покушеніе» есть понятіе юридическое и заключаетъ въ себѣ указаніе на извѣстное отношеніе дѣйствующаго къ запрету или требованію закона, а «начало» есть понятіе логическое и указываетъ на извѣстное отношеніе разсматриваемаго явленія къ позднѣйшему его развитію; для того, чтобы начало дѣянія обратилось въ покушеніе на преступное дѣяніе, необходимъ извѣстный придатокъ, въ силу коего это начало получаетъ уголовное значеніе, а благодаря этому придатку, измѣняется и разрѣшеніе разбираемаго вопроса.

Подтвержденіе этому положенію мы найдемъ при болѣе подробномъ разсмотрѣніи отдѣльныхъ типовъ преступныхъ дѣяній, не допускающихъ, по моему мнѣнію, покушенія, и при томъ или по субъективнымъ условіямъ ихъ состава, или по объективнымъ, или же, наконецъ, благодаря обрисовкѣ, данной имъ законодателемъ.

605. По причинамъ субъективнымъ покушеніе юридически не мыслимо при неосторожныхъ дѣяніяхъ. Противоположное мнѣніе было высказано въ литературѣ Геппомъ (1), но основа-

---

(1) Hepp, über vollendete und versuchte Verbrechen, въ его Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft, 1827 г. № X, стр. 259—265, а также въ его статьѣ въ архивѣ угол. права за 1836 г., стр. 35—41. То же мнѣніе защищаетъ Zerbst въ архивѣ за 1856 г., стр. 214; H. Meyer, въ послѣднемъ изданіи учебника, § 32, говоритъ, что при неосторожныхъ дѣяніяхъ можно только говорить о попыткахъ, сходныхъ съ покушеніемъ (analogen des Versuches). Обстоятельный разборъ этого ученія былъ сдѣланъ еще Zachariae, I, §§ 23—28; ср. также Листъ, стр. 183; Hälschner, стр. 333; Чебышевъ-Дмитріевъ, § 9. Колоколовъ, стр. 211, 213 и сл. находитъ, что «несомнѣнно, что понятіе покушенія совершенно непримѣнимо въ области вины неосторожной», но что это вовсе не исключаетъ наказуемости неосторожности, за которой не послѣдовало вреднаго результата, какъ «неоконченнаго неосторожнаго дѣянія» (стр. 220). При этомъ авторъ понимаетъ это положеніе не въ томъ смыслѣ, что должны существовать извѣстныя наказуемыя дѣянія, которыя запрещены потому, что могутъ повлечь, напр., неосторожную смерть—быстрая ѣзда, стрѣльба въ недозволенномъ мѣстѣ, а онъ полагаетъ, что вообще, какъ скоро виновный проявилъ себя въ своей дѣятельности несомнѣнно способнымъ на неосторожное преступленіе (стр. 218), то онъ можетъ быть наказанъ. Положеніе, правда, оригинальное, но, думается совершенно несостоятельное: мы будемъ наказывать безпечность, легкомысліе

ніямъ весьма сходнымъ съ приведеннымъ выше положеніемъ сената, а именно, что все, что совершается въ мірѣ, должно имѣть свое начало и что, говоря объ окончаніи дѣянія, мы логически не можемъ не мыслить его начала; но это положеніе одинаково не соотвѣтствуетъ ни юридическому понятію о покушеніи, какъ ступени осуществленія преступной воли, ни условіямъ наказуемости преступной неосторожности, какъ причиненія вреда правоохраненному интересу. Да и самъ Геппъ приходитъ къ тому результату, что такого рода покушеніе не только не наказуемо ни въ одномъ кодексѣ, но и не должно наказываться по соображеніямъ уголовной политики.

Въ нашемъ правѣ такая невозможность вытекаетъ изъ самаго опредѣленія покушенія (ст. 9), какъ начала или продолженія приведенія злаго умысла въ исполненіе; даже и сенатъ, въ указанномъ выше рѣшеніи, повидимому, имѣлъ въ виду только умышленныя дѣянія; точно также формула проекта, опредѣляющая понятіе покушенія, не допускаетъ распространенія его на неосторожныя преступныя дѣянія. (1)

606. Далѣе, въ области умышленной виновности мы встрѣчаемся съ вопросомъ о томъ, возможно ли покушеніе только при умыслѣ прямомъ или же оно примѣнимо и къ умыслу непрямому, къ преступному безразличію?

Припомнимъ характеристическія особенности этого вида умысла: кто либо, желая достичь извѣстной цѣли, направляясь по извѣстно-

---

обычивость, самоувѣренность, безотносительно къ результатамъ, но какъ? а неосторожное убійство, увѣчье, поврежденіе имущества?—На это авторъ не отвѣчаетъ. Поучителенъ и примѣръ, приведенный имъ относительно высшей (имъ же, впрочемъ, измышленной) формы неосторожности (стр. 218): кто нибудь умышленно поджигаетъ домъ, въ верхнемъ этажѣ котораго находится разбитый параличемъ, сознавая вѣроятность погибели несчастнаго, но искренне желая, чтобы счастливый случай отклонилъ ее, и дѣйствительно нашелся герой, который, съ опасностью для собственной жизни, спасъ его: виновный долженъ быть наказанъ за умышленный поджогъ и за безрезультатную неосторожность, относящуюся къ области преступленій противъ жизни.

(1) При этомъ разбираемое положеніе должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что не можетъ быть не только покушенія на неосторожныя дѣянія, но и неосторожнаго покушенія на какія бы то ни было преступныя дѣянія.

му пути, предвидитъ, что при этой своей дѣятельности онъ может учинить вредъ правоохраненному интересу, и не только безразлично относится къ этому, но и допускаетъ его наступленіе. Не отягчаетъ ли отвѣтственность или даже не обусловливаетъ ли иногда самую преступность уже одно предвидѣніе такой возможности или же для этого необходима реализація того, что представлялось, какъ возможное?

Положимъ, напр., женщина принимаетъ мѣры для возстановленія менструацій, зная, что ихъ пріостановка можетъ быть послѣдствіемъ беременности, а употребляемое средство пригодно для произведенія выкида; предположенія о беременности оправдались, но выкида не послѣдовало: можно ли признать въ ея дѣятельности наличность покушенія? Или, нѣкто, уходя изъ квартиры, оставилъ непогашенную свѣчу, сознавая, что при той обстановкѣ, въ какой стояла свѣча, она можетъ причинить пожаръ, но безразлично относясь къ этому возможному послѣдствію въ виду того, что его имущество хорошо застраховано; свѣча однако догорѣла благополучно: можно ли его обвинять въ покушеніи на поджогъ? Я полагаю, что отвѣтъ долженъ быть отрицательный: покушеніе есть начало осуществленія преступнаго намѣренія, а въ данномъ случаѣ дѣятельность лица была направлена къ достиженію дозволеннаго, а не преступнаго результата; съ другой стороны, самое предположеніе виновнаго о наступленіи преступнаго результата является шаткимъ, гадательнымъ: обвиняемый предполагалъ, что можетъ возникнуть причинная связь между его дѣйствіемъ и правонарушительнымъ результатомъ; но самый фактъ показалъ, что его предположенія были невѣрны: какимъ же образомъ мы будемъ наказывать его за одно предположеніе? Но постановка вопроса не измѣнится, если такое безразличіе проявится при учиненіи дѣянія преступнаго: виновный можетъ быть наказанъ за то, что онъ учинилъ, а не за покушеніе на то, что предполагалъ возможнымъ, но что однако не произошло; такъ, если кто нибудь насилуетъ беременную женщину, зная объ ея положеніи и безразлично относясь къ возможному выкиду, но выкидъ не произошелъ, то онъ можетъ быть наказанъ за изнасилованіе, а не за покушеніе на изнасилованіе, сопровождавшееся выкидомъ, предусмотрѣнное въ ст. 1527.

Въ нашемъ правѣ самое опредѣленіе покушенія указываетъ на попытку осуществленія умысла прямаго, а затѣмъ, хотя постановленія ст. 108, что при умыслѣ непрямомъ мѣра наказанія опредѣляется всегда по важнѣйшему изъ преступленій, долженствовавшихъ быть послѣдствіемъ его дѣянія, можетъ возбудить нѣкоторыя сомнѣнія въ этомъ отношеніи, но не надо забывать, что ст. 108 только опредѣляетъ понятіе непрямаго умысла, а не касается вопроса о томъ, примѣняется ли это понятіе къ оконченному дѣянію или и къ покушенію. [1]

Проектъ предполагаетъ устранить всякія сомнѣнія по этому предмету, указавъ въ самомъ опредѣленіи покушенія, что оно юридически возможно только при осуществленіи умысла прямаго.

607. Но и умыселъ прямой, какъ мы видѣли, допускаетъ оттѣнки, смотря по степени опредѣленности поставленной цѣли, по ея однородности или разнородности; вліяютъ ли эти оттѣнки, какъ, напр., различіе умысла неопредѣленнаго, альтернативнаго, на условія наказуемости покушенія?

Остановимся прежде всего на умыслѣ неопредѣленномъ, когда виновный желалъ причинить вредъ извѣстному правоохраненному интересу, но не отдавалъ себѣ вполнѣ яснаго отчета объ объемѣ и характерѣ этого вреда: виновный бросился на другаго съ намѣреніемъ нанести ударъ, не соображая произойдетъ ли отъ этого увѣчье или раны, тяжкое или легкое тѣлесное поврежденіе. Если онъ уже нанесъ ударъ, то его виновность опредѣлится по наступившему послѣдствію, а если онъ остановился ранѣе, то, конечно, онъ отвѣчаетъ за покушеніе, но на какое тѣлесное поврежденіе? Я полагаю, что слѣдуетъ признать покушеніе на болѣе легкое изъ задуманныхъ имъ, такъ какъ этого требуетъ правило толкованія сомнѣній въ пользу подсудимаго, а равно и то соображеніе, что при такой характеристикѣ умысла нормальнымъ послѣдствіемъ должно быть простѣйшее, легкое, а болѣе тяжкіе результаты могутъ отягчать

---

(1) Ср. мой курсъ, I, № 221. Нельзя, впрочемъ, не замѣтить, что редакторы Уложенія, какъ видно изъ мотивовъ къ статьѣ 108, по видимому, допускали возможность покушенія и при умыслѣ непрямомъ.

отвѣтственность только въ случаѣ ихъ дѣйствительнаго наступленія
Иное дѣло, конечно, если можно доказать, какой родъ поврежденi
хотѣлъ именно причинить въ данномъ случаѣ виновный; тогда
покушеніе опредѣлится соотвѣтственно съ этимъ желаемымъ имъ
результатомъ.

При умыслѣ альтернативномъ, когда виновный прямо желал
или одного, или другаго изъ возможныхъ послѣдствій, дѣйстви-
тельное наступленіе одного изъ нихъ также устраняетъ значеніе дл
уголовной отвѣтственности другаго; но какъ опредѣлить отвѣт-
ственность, если ни одно изъ послѣдствій еще не наступило? П
моему мнѣнію, при рѣшеніи этого вопроса нужно различать дв
оттѣнка, когда желаемыя преступныя послѣдствія относятся къ од-
ной и той же группѣ охраняемыхъ благъ, или когда они разно-
родны. Въ первомъ случаѣ, казалось бы, можно принять то ж
рѣшеніе, какъ и при умыслѣ неопредѣленномъ, а во второмъ
необходимо, по обстоятельствамъ даннаго дѣла, рѣшить, состав
какого изъ задуманныхъ преступныхъ дѣяній началъ выполнят
виновный; если же, наконецъ, въ его дѣяніи будутъ признак
состава обоихъ дѣяній, то, примѣняясь къ понятію о сложныхъ
преступныхъ дѣяніяхъ, или о такъ называемой идеальной совокуп-
ности, опредѣлить отвѣтственность какъ за покушеніе на важнѣй-
шее изъ задуманныхъ (1).

Нѣкоторые криминалисты, какъ, напр., Миттермайеръ (2), воз-
буждали еще вопросъ о томъ, возможно ли покушеніе при умыслѣ
аффектированномъ, но отвѣтъ на это, очевидно, долженъ быт
утвердительный. Если кто либо, въ порывѣ страсти или сильнаг
душевнаго движенія, бросился на другаго съ намѣреніемъ лишит
его жизни, то мы не имѣемъ никакого основанія не признават
здѣсь покушенія на убійство.

---

(1) Вопросъ этотъ въ западно-европейской литературѣ считается весьма спор-
нымъ. Одни, какъ, напр., Haus, Luden, Bauer, Krug, отрицаютъ возможност
покушенія при неопредѣленномъ умыслѣ; другіе же, какъ, напр., Köstlin
Hälschner, H. Meyer, Liszt, признаютъ какъ при неопредѣленномъ, такъ и пр
альтернативномъ умыслѣ всегда покушеніе на тягчайшее изъ задуманныхъ по-
слѣдствій.

(2) Въ архивѣ угол. права, т. IV, стр. 18; ср. разборъ этого мнѣнія у Zachariae
стр. 46, прим. 2.

608. По началамъ объективнымъ, покушеніе представляется юридически невозможнымъ при преступномъ бездѣйствіи, буде при томъ такое бездѣйствіе воспрещается само по себѣ, безотносительно къ послѣдствіямъ, имъ вызываемымъ. Въ этихъ случаяхъ самая преступность бездѣйствія зависитъ отъ наступленія извѣстнаго условія, всего чаще извѣстнаго момента времени; а потому вся дѣятельность лица, предшествующая этому моменту, представляется безразличною, съ наступленіемъ же этого момента воспроизводится полный составъ преступленія, такъ что, при такой конструкціи, мы не можемъ себѣ представить дѣйствія, коимъ бы начиналось или продолжалось приведеніе преступнаго намѣренія въ исполненіе. Такъ, если въ данномъ городѣ требуется, чтобы въ 8 часовъ вечера зажигались фонари, то до этого момента мы можемъ говорить о существованіи у какого либо лица намѣренія не выполнять это требованіе; попытка же дѣйствительнаго неисполненія могла бы начаться только по наступленіи 8 часовъ; но тогда такое неисполненіе будетъ оконченнымъ преступнымъ бездѣйствіемъ. Напротивъ того, въ тѣхъ случаяхъ, когда для наказуемости бездѣйствія, или въ особенности, невмѣшательства требуется наступленіе результата, покушеніе представляется возможнымъ, такъ какъ тогда покушеніемъ можетъ быть признаваемо самое бездѣйствіе, какъ проявленіе воли, стремящейся къ данному посягательству. Такимъ образомъ, если, напр., мать, задумавъ умертвить ребенка голодомъ, довела его уже до полнаго истощенія силъ, такъ-что смерть не наступила только благодаря случайному вмѣшательству постороннихъ лицъ, то я полагаю, что мать можетъ быть наказана за покушеніе на убійство ([1]).

Далѣе, въ области умышленнаго содѣянія сомнѣніе относительно возможности покушенія возбуждаютъ тѣ случаи, когда содѣяніе наказуемо само по себѣ, а не въ силу вызываемыхъ имъ результатовъ, и притомъ по своей конструкціи таково, что воля дости-

---

([1]) H. Meyer, стр. 252, находитъ, что покушеніе возможно и при бездѣйствіи въ тѣсномъ смыслѣ, но что оно не наказуемо, такъ какъ виновный всегда можетъ выполнить требуемое до наступленія установленнаго срока, а съ другой стороны потому, что дѣло можетъ быть возбуждено только послѣ этого наступленія, т. е. когда опять таки бездѣйствіе будетъ окончено.

гаетъ своего осуществленія однимъ актомъ, такъ что мы не можемъ выдѣлить такого момента, который бы подходилъ подъ понятіе покушенія (¹). Таково, напр., словесное оскорбленіе, такъ какъ пока оскорбительное слово или выраженіе не произнесены, до тѣхъ поръ умыселъ виновнаго еще не осуществляется; какъ скоро же слово сказано, обида является оконченною; если же мы иногда признаемъ обидою произнесеніе начала фразы или слова, какъ скоро оно сопровождалось возвышеніемъ голоса, жестами, то при такихъ условіяхъ мы наказываемъ символическое оскорбленіе, а не покушеніе на словесную обиду; тѣ же, конечно, соображенія примѣняются къ словесному богохуленію, кощунству, оскорбленію величества и т. д. (²).

609. Третью групу составляютъ тѣ преступныя дѣянія, покушеніе на которыя становится юридически невозможнымъ, благодаря обрисовкѣ, данной имъ законодателемъ, имѣя, однако, притомъ въ виду обрисовку, зависящую не отъ неудачной редакціи той или другой статьи, а сознательно данную имъ законодателемъ, такъ какъ въ первомъ случаѣ неправильность редакціи можетъ быть исправлена путемъ логическаго или историческаго толкованія (³).

Полный перечень всѣхъ случаевъ этого рода, конечно, можетъ

(¹) Schwarze въ Kommentar относитъ къ этой групѣ: возбужденіе къ бунту, богохуленіе, угрозы, возбужденіе сословій другъ противъ друга, разглашеніе выдуманныхъ извѣстій и т. д. Такое же мнѣніе высказываютъ Zachariae, Bauer, Köstlin; изъ русскихъ криминалистовъ—Орловъ, Будзинскій, Кистяковскій. За признаніе во всѣхъ этихъ случаяхъ возможности покушенія высказывается H. Meyer, стр. 252, а также Колоколовъ, стр. 95.

(²) Колоколовъ, стр. 222, высказываетъ такое положеніе, что покушеніе невозможно при преступленіяхъ формальныхъ, т. е. не требующихъ преступнаго послѣдствія; но онъ, повидимому, относитъ къ матеріальнымъ и обиду, и клевету, слѣдовательно, допускаетъ покушеніе и при этихъ дѣяніяхъ.

(³) Поясненіемъ этого можетъ служить, напр., разъясненіе нашего сената по вопросу о покушеніи на разбой: сенатъ, въ рѣшеніи 1869 г., № 569, по дѣлу Кузьмина и Киселева, указалъ, что, не смотря на неудачную редакцію ст. 1627, разбой долженъ считаться оконченнымъ только съ момента завладѣнія имуществомъ, а не съ момента нападенія.

быть сдѣланъ только въ особенной части, а здѣсь можно привести только нѣсколько важнѣйшихъ примѣровъ.

Таковы, во 1-хъ, всѣ тѣ преступныя дѣянія, коихъ самостоятельное бытіе обусловливается въ самомъ законѣ наступленіемъ извѣстнаго событія, такъ что, съ отпаденіемъ его, направленная къ преступной цѣли дѣятельность или вовсе теряетъ, въ силу закона, преступный характеръ, или переходитъ въ иную группу. Такъ, если законъ, угрожая наказаніемъ за причиненіе поврежденія желѣзнодорожнаго пути, различаетъ причиненіе поврежденія, грозившаго опасностью крушенія поѣзда, и причиненіе поврежденія, отъ коего дѣйствительно произошло крушеніе поѣзда, то второй видъ поврежденія, по его законной конструкціи, не допускаетъ покушенія.

Во 2-хъ, тѣ дѣянія, въ коихъ законодатель облагаетъ наказаніемъ не только причиненіе вреда правоохраненному интересу, но и дѣятельность, направленную на причиненіе таковаго вреда, дѣлая именно эту дѣятельность характеристическимъ типомъ даннаго преступнаго дѣянія. Такая конструкція всего чаще встрѣчается при преступленіяхъ государственныхъ: такъ, для бунта или мятежа законъ не требуетъ дѣйствительнаго ниспроверженія существующаго образа правленія, а требуетъ дѣятельности, направленной къ таковому перевороту; такъ, напр., французскій кодексъ характеризуетъ это дѣяніе какъ «attentat», германскій— какъ «Unternehmung» (1).

Въ 3-хъ, дѣянія, наказуемыя только какъ покушеніе или какъ приготовленіе къ другому преступному дѣянію. Такія дѣйствія наказуемы не сами по себѣ, а только въ виду тѣхъ дѣяній, для которыхъ они служатъ приготовленіемъ или покушеніемъ, а потому предшествующая дѣятельность виновнаго, какимъ бы намѣреніемъ она проникнута ни была, не имѣетъ юридическаго значенія. Но, разумѣется, этотъ вопросъ рѣшается иначе, если законъ запрещаетъ не покушеніе или приготовленіе вообще,

(1) Хотя это положеніе нельзя распространять на всѣ безусловно государственныя преступленія.

*

а какія либо отдѣльныя дѣйствія, придавая имъ притомъ обрисовк самостоятельныхъ преступныхъ дѣяній; при этихъ условіяхъ поку шеніе на такія дѣянія представляется, конечно, юридически вполн возможнымъ (1).

Въ 4-хъ, дѣянія, устраняющія возможность покушенія по усло віямъ процессуальнымъ, какъ, напр., обида на письмѣ. Имѣя в виду, что оскорбленіе на письмѣ должно почитаться оконченным только съ момента ознакомленія обиженнаго съ содержаніемъ оскор бительнаго письма, мы, повидимому, должны признать изготовлені письма приготовленіемъ, а отсылку письма по почтѣ или инымъ спо собомъ—покушеніемъ, которое, такимъ образомъ, является вполн возможнымъ; но если мы вспомнимъ затѣмъ, что обида преслѣ дуется по частной жалобѣ, а для предъявленія таковой необхо димо, чтобы обиженный познакомился съ содержаніемъ письм или бумаги, т. е. необходимо, чтобы обида была окончена, то по кушеніе на обиду на письмѣ представляется юридически невоз можнымъ (2).

610. Признаніемъ юридической возможности покушенія на дан ное дѣяніе еще не разрѣшается вопросъ о его наказуемости такъ какъ понятно, что если при тѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, пр коихъ покушеніе невозможно, не можетъ быть и рѣчи о наказуемости то тамъ, гдѣ покушеніе возможно, оно тѣмъ не менѣе можетъ быт не наказуемо; оно можетъ быть уголовно-безразличною, а не уго ловно-наказуемою неправдою. При этомъ самый вопросъ о наказуе мости покушенія можетъ быть разсматриваемъ или съ точки зрѣні судьи, или съ точки зрѣнія законодателя. Въ первомъ отношені

---

(1) Такъ, напр., по нашему уложенію, распространеніе возмутительных сочиненій, составляющее, собственно говоря, подготовленіе къ бунту, наказы вается (ст. 251), однако, какъ самостоятельное преступленіе, а потому вполн допускается наказуемое покушеніе на него, какъ это признано и сенатомъ в рѣшеніи по дѣлу Александровской, 1871 г., № 1438.

(2) Другія изъятія устанавливаются исключительно въ зависимости отъ обр совки отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній въ доктринѣ или въ кодексахъ; так напр., Миттермайеръ отрицаетъ возможность покушенія при подкидѣ, зло употребленіи властью и даже при утайкѣ; французскіе криминалисты—Trébutien Haus и др.—при истребленіи плода, даже при отравленіи, въ смыслѣ ст. 301 cod pénal, при лжесвидѣтельствѣ и т. д.

существеннымъ представляется вопросъ о томъ: достаточно ли запрещенія подъ страхомъ наказанія извѣстнаго дѣянія въ законѣ, чтобы судья, при возможности покушенія на него, могъ облагать таковое покушеніе наказаніемъ? По моему мнѣнію, отвѣтъ на это долженъ быть отрицательный. Права и обязанности судьи, относительно примѣненія закона уголовнаго, заключаются, выражаясь технически, въ подведеніи факта подъ законъ, т. е. въ сравненіи всей совокупности существенныхъ признаковъ даннаго конкретнаго дѣянія съ таковыми же признаками, установленными въ законѣ, и только въ такомъ случаѣ судья можетъ признать наличность преступнаго дѣянія, когда результатомъ сравненія окажется тождество фактическихъ и законныхъ признаковъ; отсутствіе въ данномъ дѣяніи какого либо изъ существенныхъ условій состава устраняетъ возможность подведенія его подъ уголовный законъ; а такой неполный составъ представляетъ именно покушеніе, такъ какъ если мы даже и согласимся, что со стороны субъективной, по степени энергіи и опредѣленности воли, покушеніе сходно съ оконченнымъ дѣяніемъ, то во всякомъ случаѣ они разнятся со стороны объективной.

Такимъ образомъ, признаніе дѣянія въ законѣ наказуемымъ еще недостаточно для признанія со стороны суда наказуемымъ и покушенія на него; для этого необходимо спеціальное указаніе законодателя (¹).

Самый запретъ покушенія можетъ являться въ тѣхъ же формахъ, какъ и воспрещеніе дѣйствій подготовительныхъ:

Во 1-хъ, въ законѣ могутъ быть воспрещены какія либо дѣянія, преступныя сами по себѣ, но которыя, при извѣстныхъ условіяхъ, могутъ явиться и покушеніемъ на другое преступное дѣяніе.

Въ 2-хъ, законъ можетъ воспретить извѣстное дѣяніе только потому и только при томъ условіи, чтобы оно заключало въ себѣ начало осуществленія преступнаго намѣренія; конечно, такое дѣяніе, составляя по юридической своей природѣ покушеніе, будетъ тѣмъ не менѣе наказуемо какъ самостоятельное

(¹) Противоположное мнѣніе изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ защищаютъ: Köstlin и Krug.

дѣяніе и притомъ безотносительно къ тому, дана ли такая обрисовка законодателемъ сознательно, потому что онъ признавалъ вреднымъ не покушеніе на данное дѣяніе вообще, а покушеніе, выразившееся въ опредѣленномъ дѣйствіи, или же она была только слѣдствіемъ несовершенства законодательной техники.

Въ 3-хъ, законъ воспрещаетъ покушеніе, какъ таковое. Собственно эти случаи и относятся къ данному вопросу. Но и относительно ихъ постановки въ кодексахъ мы встрѣчаемъ нѣсколько оттѣнковъ: или а) законодатель объявляетъ покушеніе наказуемымъ при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, при коихъ оно возможно, давая по этому предмету одно общее правило; или б) онъ объявляетъ покушеніе наказуемымъ только при извѣстныхъ болѣе или менѣе обширныхъ группахъ дѣяній; или в) онъ объявляетъ покушеніе въ принципѣ не наказуемымъ, и только въ видѣ исключенія признаетъ его наказуемость при отдѣльныхъ дѣяніяхъ.

611. Другой вопросъ, почему и когда покушеніе можетъ быть признано законодателемъ заслуживающимъ наказанія ([1])? Я полагаю, что отвѣтъ въ этомъ отношеніи можетъ быть одинъ: по тѣмъ же соображеніямъ, въ силу коихъ законодатель признаетъ вообще наказуемыми дѣянія, вредящія правоохраненнымъ интересамъ или грозящія имъ опасностью. Созданіе какого либо самостоятельнаго основанія наказуемости покушенія указывало бы только на неполноту, а потому и на невѣрность основнаго принципа.

Но признаніе тождественности основъ наказуемости оконченнаго дѣянія и покушенія вовсе не влечетъ за собою признанія таковой тождественности по отношенію къ отдѣльнымъ преступнымъ дѣяніямъ, хотя въ доктринѣ оба эти положенія нерѣдко смѣшиваются ([2]). Конечно, если мы будемъ видѣть сущность преступнаго дѣянія исключительно въ условіяхъ преступности воли, въ противорѣчіи ея съ требованіями абсолюта, съ законами нравственности, религіи, или въ ея упорствѣ, неподчиненіи угрозѣ уголовнаго закона, то мы должны будемъ признать одинаковыя основанія наказуемости какъ для лица, стремящагося

([1]) См. болѣе подробныя указанія въ моемъ курсѣ, I, № 323 и сл.
([2]) Чебышевъ-Дмитріевъ, о покушеніи, стр. 45 и сл.

достигнуть преступной цѣли, такъ и для лица, достигнувшаго таковой; но вопросъ совершенно измѣнится, какъ скоро мы перейдемъ къ объективнымъ основаніямъ наказуемости. Въ тѣхъ случаяхъ, когда оконченное дѣяніе грозитъ вредомъ, покушеніе заключаетъ въ себѣ только опасность; мало того, самая опасность покушенія зависитъ, главнымъ образомъ, не отъ свойствъ того дѣйствія, которое было учинено виновнымъ, а отъ проявленной имъ злой воли.

Этимъ вполнѣ объясняется, почему въ современныхъ законодательствахъ покушеніе наказывается далеко не при всѣхъ тѣхъ дѣяніяхъ, гдѣ оно юридически возможно.

612. Во Франціи, кодексъ 1791 г. допускалъ наказуемость покушенія только при двухъ преступленіяхъ: при предумышленномъ убійствѣ и при отравленіи; но уже законъ 22 преріаля V года и 25 фримера VIII года пополнилъ эти постановленія, принявъ систему, которая перешла и въ дѣйствующій французскій кодексъ, на основаніи коего (ст. 2 и 3) покушеніе на преступленіе наказуемо всегда, на проступки—только въ случаяхъ, особо указанныхъ въ законѣ, а покушеніе на нарушенія ни въ какомъ случаѣ не наказуемо, такъ что законъ ставитъ опасность, и слѣдовательно, и наказуемость покушенія, въ прямое соотношеніе съ важностью того дѣянія, на которое посягалъ виновный. Это дѣленіе усвоено не только романскими кодексами—итальянскимъ, бельгійскимъ (ст. 52), но вошло и въ германское право, въ кодексъ прусскій 1851 г. и баварскій 1861 г. и, наконецъ, въ дѣйствующее германское уложеніе, которое въ § 43, признавая вообще покушеніе возможнымъ только при преступленіяхъ и проступкахъ, прибавляетъ, что покушеніе на проступокъ наказывается только въ случаяхъ, особо указанныхъ въ законѣ; то же повторяетъ кодексъ венгерскій, а кодексъ голландскій (§§ 45, 46), согласно своему двухчленному дѣленію, допускаетъ наказуемость покушенія при проступкахъ, и безусловно устраняетъ наказуемость покушенія при нарушеніяхъ (1).

---

(1) Листъ, стр. 181, предлагаетъ признать при Verletzungsverbrechen покушеніе всегда наказуемымъ, при Gefährdungsverbrechen — иногда, а при Ungehorsamsdelicten—никогда не наказуемымъ; это предложеніе, какъ замѣ-

613. Въ нашемъ правѣ ни сводъ законовъ, ни дѣйствующее уложеніе не содержатъ никакихъ ограниченій наказуемости покушенія, при тѣхъ дѣяніяхъ, конечно, при которыхъ оно юридически возможно. Правда, мы встрѣчаемъ въ нашей литературѣ мнѣніе, защищаемое Н. Неклюдовымъ [1], что и по нашему праву, согласно тексту статьи 9 улож., наказуемо только покушеніе на преступленія, а не на проступки. Но, какъ было уже указано выше (№ 66), попытка придать техническое значеніе выраженіямъ «преступленіе» и «проступокъ», не соотвѣтствуетъ нашей общей части, и не принята и нашею практикою; спеціально же по отношенію къ данному вопросу такое толкованіе опровергается и текстомъ ст. 91, которая упоминаетъ о покушеніи какъ на преступленіе, такъ и на проступокъ.

При составленіи устава о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, предполагалось первоначально, въ виду маловажности содержащихся въ немъ проступковъ, наказывать покушеніе только при нѣкоторыхъ, спеціально указанныхъ проступкахъ, сообразно съ чѣмъ и была составлена статья 7 проекта; но при окончательномъ обсужденіи проекта, бывшій въ то время главноуправляющимъ II-мъ отдѣленіемъ, графъ В. Панинъ въ своихъ замѣчаніяхъ на проектъ высказалъ: «имѣя въ виду, съ одной стороны, особую важность вопроса о наказуемости покушеній вообще и о мѣрѣ наказанія за оныя, соотвѣтственно ихъ свойствамъ и послѣдствіямъ, а съ другой,—предстоящій по необходимости и въ связи съ изданіемъ настоящаго устава пересмотръ нашего уложенія о наказаніяхъ, я призналъ болѣе удобнымъ исключить изъ проекта означенное выше предположеніе». Такимъ образомъ, въ государственный совѣтъ была внесена и имъ принята статья 7 (нынѣ 17) въ этомъ измѣненномъ видѣ, такъ что и по уставу мировому нужно признать, что покушеніе наказуемо во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ оно юридически возможно. Но нашъ кассаціонный сенатъ иначе отнесся къ этому вопросу и, руководствуясь соображеніями, напечатанными подъ ст. 17 устава въ изданіи государственной канце-

---

чаетъ Н. Meyer, стр. 250, пр. 15, могло бы имѣть значеніе, если бы грань, отдѣляющая эти типы, была съ точностью установлена въ законѣ.

[1] Приложеніе къ учебнику Бернера, стр. 505, 532; руководство, II, стр. 73; конспектъ, стр. 67. Ср. подробный разборъ этого мнѣнія въ моемъ курсѣ, II, № 326.

ляріи (ошибочно взятыми изъ объясненій къ первоначальному, не принятому тексту статьи 7), а равно и въ виду того, что въ общихъ постановленіяхъ устава не содержится никакихъ постановленій о размѣрахъ уменьшенія отвѣтственности при покушеніи, пришелъ къ такому выводу, что покушеніе на проступки, предусмотрѣнные въ уставѣ, наказуемо только въ случаяхъ, особо въ законѣ указанныхъ, т. е. въ случаяхъ, указанныхъ ст. 172 и 176.

Редакціонная коммисія по составленію новаго уложенія, съ своей стороны, нашла необходимымъ внести въ проектъ правило, сходное съ французскимъ, что при преступленіяхъ покушеніе наказуемо всегда; при проступкахъ—лишь въ случаяхъ, особо въ законѣ указанныхъ ([1]), а при нарушеніяхъ—вовсе не наказуемо ([2]), причемъ въ тѣхъ статьяхъ, которыя будутъ состоять изъ нѣсколькихъ частей, изъ коихъ одна будетъ соотвѣтствовать проступку, а другая преступленію или нарушенію, коммисія предположила также дѣлать указаніе о наказуемости покушенія, относя это указаніе только къ той части подобныхъ статей, которая соотвѣтствуетъ проступку.

614. Обращаясь же къ разсмотрѣнію вопроса о размѣрѣ отвѣтственности за покушеніе, мы должны, прежде всего, остановиться на дѣленіи покушенія на виды.

Промежутокъ, отдѣляющій начало осуществленія преступнаго дѣйствія отъ его окончанія, представляется иногда весьма значительнымъ. Дѣятельность виновнаго, проявленная въ покушеніи, ея объемъ и характеръ весьма разнообразны; поэтому понятно, что попытки дѣленія покушенія на виды оказываются и многочисленными, и различными.

([1]) Въ замѣчаніяхъ на проектъ нѣкоторыми сдѣлано предложеніе при проступкахъ указывать тѣ случаи, при которыхъ покушеніе не наказуемо, такъ какъ такіе случаи будутъ исключеніемъ; но, какъ указано въ объяснительной запискѣ, коммисія нашла технически неудобнымъ, хотя бы и при нѣкоторыхъ проступкахъ, вносить въ текстъ закона указаніе, что покушеніе на сіе дѣяніе не наказуемо.

([2]) Въ объяснительной запискѣ по этому поводу указано, что если бы встрѣтились такія нарушенія, при коихъ надлежало бы подвергать отвѣтственности и за покушеніе, то, казалось бы, цѣлесообразнѣе придать въ этихъ случаяхъ такую конструкцію соотвѣтствующимъ статьямъ особенной части, которая бы обнимала и попытку нарушить велѣнія или запреты закона.

Наиболѣе старымъ и наиболѣе распространеннымъ является дѣленіе покушенія по степени его близости къ окончанію. Такъ, уже средневѣковые юристы различали три степени покушенія: conatus remotus, c. proximus и delictum perfectum, причемъ это дѣленіе осложнялось тѣмъ, что къ области покушенія относились и приготовительныя дѣйствія. Это дѣленіе встрѣчалось и въ партикулярныхъ нѣмецкихъ законодательствахъ; но нынѣ оно утратило практическое значеніе, благодаря условному характеру дѣлящаго признака. Степень близости, являясь количественнымъ измѣненіемъ совершающагося, можетъ быть опредѣлена только при сравненіи между собою какихъ либо двухъ попытокъ выполненія однороднаго преступнаго дѣянія; но она не можетъ дать абсолютнаго масштаба для оцѣнки. Оттого всѣ криминалисты, защищавшіе такое дѣленіе, расходятся другъ съ другомъ при установленіи предѣловъ этихъ подраздѣленій. Но помимо этого, такое дѣленіе не можетъ имѣть дѣйствительнаго значенія при установленіи размѣровъ отвѣтственности. Понятно, что отсутствіе вреда, отсутствіе дѣйствительнаго нарушенія нормы создастъ различіе между оконченнымъ преступнымъ дѣяніемъ и покушеніемъ; но какое же различіе и въ объективномъ, и въ субъективномъ отношеніи мы найдемъ между близкимъ и отдаленнымъ покушеніемъ?

615. Другое дѣленіе, имѣющее и нынѣ много защитниковъ, основывается на объемѣ дѣятельности виновнаго. Какъ говоритъ Листъ (стр. 184), покушеніе обнимаетъ собою не только волимое тѣлесное движеніе, но также и приведенную въ дѣйствіе цѣпь причинностей, внѣ дѣйствующаго лежащихъ; отсюда является возможность противопоставить эту дѣятельность присоединяющимся силамъ и на этомъ построить дѣленіе покушенія. Если виновный выполнилъ ту дѣятельность, которая съ его стороны требовалась составомъ даннаго дѣянія, а предположенное имъ зло тѣмъ не менѣе не послѣдовало, мы имѣемъ покушеніе оконченное; если же онъ прервалъ свою дѣятельность прежде, чѣмъ выполнилъ то, что отъ него требовалось—покушеніе неоконченное (1).

(1) Это дѣленіе было формулировано уже Клейномъ, въ Grundsätze des peinlichen Rechts, 1795 г., § 145; дальнѣйшая исторія этого дѣленія изложена въ статьѣ Бернера: Wie unterscheiden sich der beendigte und nichtbeendigte Ver-

Но и это дѣленіе вызываетъ значительныя сомнѣнія, въ особенности съ точки зрѣнія различія по наказуемости этихъ видовъ:

Во 1-хъ, почему можемъ мы сказать, что тотъ, кто былъ захваченъ въ тотъ самый моментъ, когда онъ готовился спустить уже урокъ ружья, долженъ быть всегда наказанъ слабѣе, чѣмъ тотъ, то выстрѣлилъ, но не попалъ? Вреда нѣтъ какъ въ томъ, такъ и ъ другомъ случаѣ, а степень энергіи воли у обоихъ можетъ быть динакова.

Во 2-хъ, самое опредѣленіе объема той дѣятельности, которая ребуется для бытія оконченнаго покушенія, представляется весьма порнымъ. Оконченнымъ считается покушеніе, когда со стороны иновнаго сдѣлано все, что требовалось отъ него для состава данаго преступнаго дѣянія; но какъ понимать выраженіе «все»? но допускаетъ три различныя толкованія: а) когда сдѣлано все, то было дѣйствительно нужно для выполненія даннаго дѣянія; когда сдѣлано все, что виновный въ данномъ случаѣ могъ считать нужнымъ для выполненія, и в) когда сдѣлано все, что онъ италъ нужнымъ.

616. Принятіе той или другой изъ этихъ формулъ, имѣющихъ ждая своихъ защитниковъ между криминалистами, поведетъ къ сьма различнымъ практическимъ выводамъ (²).

---

ch, und ist auch bei dem beendigter Versuch noch ein Rücktritt möglich, въ Gehtssaal за 1865 г., стр. 81—112. Самое названіе перваго вида, утвердившееся, по имѣру нѣмецкой доктрины, въ нашемъ правѣ, вызываетъ сомнѣніе. Покушеніе, пытка, означаетъ нѣчто недовершенное и прибавка къ нему эпитета «оконнное», является противорѣчіемъ. Болѣе соотвѣтственною представляется терминологія французская и итальянская, которая въ этихъ случаяхъ говоритъ о it manqué, delitto mancato, неудавшееся преступленіе. Ср. Haus, № 417. Изъ нихъ криминалистовъ Кистяковскій, § 294, считаетъ оконченное покушеніе мостоятельною и отдѣльною формою преступности, которая должна отличаться наказуемости и отъ оконченнаго преступнаго дѣянія, и отъ покушенія. Колоовъ, стр. 118, отрицаетъ возможность этого дѣленія, но на томъ основаніи, что онъ признаетъ вообще покушеніемъ только то, что нашъ законъ назытъ оконченнымъ покушеніемъ. Ср. у него стр. 192.

(²) Такъ, за первую формулу высказывается Zachariae, а изъ русскихъ кримиистовъ—Спасовичъ, стр. 132; за вторую—Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 133; за тью—Köstlin, H. Meyer, стр. 269, Rossi; Кистяковскій, § 293, пытается соедиь третье воззрѣніе съ первымъ, не замѣчая, что они не соединимы. Различныя

При послѣдовательномъ проведеніи перваго, чисто объективнаг воззрѣнія, мы придемъ почти къ совершенному отрицанію возмож ности оконченнаго покушенія, такъ какъ самая неудача престу ной попытки по большей части свидѣтельствуетъ, что виновный н сдѣлалъ всего, что было нужно для совершенія дѣянія. Если кт либо стрѣлялъ въ жертву изъ пистолета на такомъ разстояніи, н которомъ цѣлить было очень трудно, тотъ не сдѣлалъ всего, чт было нужно, такъ какъ не подвинулся поближе къ жертвѣ, есл ночной воръ ходилъ слишкомъ шумно по комнатѣ, разбудил жильцовъ и былъ схваченъ,—онъ не сдѣлалъ всего, что был нужно и т. д.

При второмъ масштабѣ, мы дѣлаемъ понятіе объ оконченном покушеніи крайне неопредѣленнымъ, такъ какъ установленіе поня тія о томъ, что можно было въ данномъ случаѣ считать нужнымъ будетъ зависѣть отъ полнаго усмотрѣнія судьи, не имѣющаго при томъ никакого твердаго основанія. Возьмемъ вышеприведенны примѣръ выстрѣла на слишкомъ далекомъ разстояніи: если стрѣ лявшій—неопытный стрѣлокъ, то мы вполнѣ правы, говоря, что он могъ считать, что сдѣлалъ все, что было нужно—покушеніе окон ченное, а если онъ опытный стрѣлокъ, который по калибру писто лета можетъ опредѣлить предѣлъ его боя, въ этомъ случаѣ то ж дѣяніе будетъ неоконченнымъ покушеніемъ; если же мы при это оцѣнкѣ устранимъ личность виновнаго, то мы должны всѣ случа покушенія не только съ негодными, но и съ недостаточными сред ствами отнести къ области неоконченнаго покушенія.

опредѣленія оконченнаго покушенія въ нѣмецкихъ партикулярныхъ кодексах разобраны въ статьѣ Бернера, въ Gerichtssaal, стр. 82, а также въ учебникѣ стр. 138; см. также Колоколовъ, стр. 113 и сл. Новые нѣмецкіе криминалист пытаются избѣгнуть затрудненій, вовсе не упоминая въ опредѣленіи объ отноше ніи выполненнаго къ законному понятію преступленія; но чрезъ это самое понят еще болѣе затемняется. Такъ, Листъ, стр. 188, опредѣляетъ его: когда направленно на результатъ тѣлесное движеніе окончено, а результатъ не произошелъ, хот остается не разъясненнымъ вопросъ о томъ, какое движеніе виновнаго имѣется в виду, въ особенности при сложной дѣятельности; Бернеръ, стр. 139, опредѣ ляетъ оконченное покушеніе такъ: когда направленное на результатъ дѣйстві выполнено, но безрезультатно, прибавляя, что въ случаяхъ сложныхъ подъ дѣй ствіемъ нужно понимать послѣдній исполнительный актъ. Впрочемъ, оба эти кри миналиста придаютъ этому дѣленію значеніе только при вопросѣ о добровольн оставленномъ покушеніи.

Наконецъ, при третьемъ толкованіи критерій опредѣленія оконченнаго покушенія становится случайнымъ, такъ какъ, съ одной стороны, нельзя будетъ признать таковымъ тѣ случаи, когда виновный, хотя и сдѣлалъ все, что было нужно, но, благодаря невѣрному пониманію условій своей дѣятельности, думалъ, что совершеннаго недостаточно, а съ другой, придется признать оконченнымъ покушеніемъ всякое покушеніе съ негодными средствами, хотя бы таковыя были выбраны только по крайнему невѣжеству и суевѣрію дѣйствовавшаго.

617. Изъ дѣйствующихъ западно-европейскихъ законодательствъ французское приняло различіе между tentative suspendue и délit manqué, понимая подъ первою такую дѣятельность, которая по обстоятельствамъ дѣла могла быть еще остановлена виновнымъ, а подъ вторымъ, такую дѣятельность, которая не удалась по обстоятельствамъ, отъ дѣйствовавшаго независѣвшимъ; но практическаго значенія это дѣленіе не имѣетъ, такъ какъ отвѣтственность при обоихъ видахъ покушенія назначается одинаковая. Та же система усвоена и бельгійскимъ кодексомъ 1867 года.

Нѣмецкіе партикулярные кодексы, напротивъ того, придавали различію оконченнаго и неоконченнаго покушенія практическое значеніе, за исключеніемъ кодексовъ прусскаго и баварскаго 1861 г., которые отказались отъ этого дѣленія. Кодексъ германскій также не упоминаетъ объ этомъ различіи при опредѣленіи покушенія, но, говоря о добровольно оставленномъ покушеніи, различаетъ остановку преступной дѣятельности и предотвращеніе долженствующихъ произойти результатовъ, въ зависимости отъ свойствъ покушенія; та же система усвоена кодексомъ венгерскимъ.

Наконецъ, голландскій кодексъ не упоминаетъ объ этомъ различіи даже и при покушеніи, добровольно оставленномъ.

618. Сводъ законовъ не зналъ дѣленія покушенія на виды; оно было внесено въ наше право редакторами уложенія 1845 года,

по нѣмецкому образцу, причемъ они не придали этимъ видамъ покушенія самостоятельной терминологіи [1].

Уложеніе различаетъ покушеніе вообще (ст. 114) и выдѣленное изъ него покушеніе оконченное (ст. 115), причемъ самое опредѣленіе этого послѣдняго понятія существенно измѣнилось на основаніи закона 9 Марта 1864 года. Теперь оконченное покушеніе опредѣляется такъ: «когда подсудимымъ сдѣлано все, что онъ считалъ (что онъ «могъ считать»—до закона 1864 г.) нужнымъ для приведенія своего намѣренія въ исполненіе, и преднамѣренное имъ зло не совершилось только по особеннымъ, не предвидѣннымъ имъ обстоятельствамъ, или вслѣдствіе безвредности употребленныхъ имъ средствъ (это добавлено по закону 9 Марта 1864 г.)». Такимъ образомъ, по разъясненію нашего сената (рѣшеніе по дѣлу Данилова $^{70}/_{1528}$), понятіе оконченнаго покушенія зависитъ отъ двухъ условій: отъ объема дѣятельности и отъ условій остановки, такъ что, напр., если преступникъ и сдѣлалъ все, что считалъ нужнымъ, но зло не воспослѣдовало по такимъ обстоятельствамъ, которыя виновный могъ и долженъ былъ предвидѣть (рѣшеніе по дѣлу Тюркова $^{67}/_{194}$), то покушеніе не можетъ считаться оконченнымъ; въ силу этого въ практикѣ можно встрѣтить весьма немного примѣровъ оконченнаго покушенія.

Далѣе, при покушеніи неоконченномъ уложеніе обращаетъ вниманіе на бо́льшую или меньшую близость учиненнаго къ окончанію, не придавая однако этому дѣленію никакого особаго практическаго значенія.

Уставъ о наказаніяхъ хотя и упоминаетъ объ оконченномъ покушеніи, но только въ постановленіяхъ о покушеніи добровольно оставленномъ, а самое понятіе оставляетъ безъ всякаго поясненія, такъ что оно должно быть опредѣляемо по уложенію.

---

(1) Впрочемъ, даже сенатъ въ рѣшеніи по дѣлу Соколовскаго, 1873 г., № 600, принялъ и по нашему праву общепринятую терминологію, различая покушеніе прерванное (ст. 114) и оконченное (ст. 115). Кромѣ того, сенатъ призналъ (рѣшеніе по дѣламъ Галача, $^{69}/_{831}$, Лагунова, $^{73}/_{937}$), что такъ какъ оконченное покушеніе представляется болѣе тяжкимъ видомъ, то въ дѣлахъ, разсматриваемыхъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, установленіе наличности признаковъ этого вида принадлежитъ имъ, и если присяжнымъ не было предложено особаго вопроса объ этомъ, то судъ обязанъ считать покушеніе неоконченнымъ и примѣнять ст. 114.

Проектъ редакціонной коммисіи не содержитъ никакого указанія тносительно дѣленія покушенія на виды.

619. По вопросу о размѣрахъ наказуемости покушенія сравни-ельно съ оконченнымъ дѣяніемъ въ законодательствахъ и въ октринѣ встрѣчается также большое различіе.

Французское законодательство эпохи революціи усвоило систему имскаго права о равной наказуемости покушенія и совершенія; о начало было принято кодексомъ 1810 г. [1] и сохранилось, смотря на попытку его измѣненія въ 1832 г., донынѣ, вы-ивая, впрочемъ, противъ себя возраженія почти всѣхъ выдаю-ихся французскихъ авторитетовъ [2]. Даже кодексы, наиболѣе изко державшіеся французскаго права, отступили отъ этого чала. Такъ, бельгійское уложеніе 1867 г. (§§ 52, 53) при поку-еніи на преступленіе назначаетъ наказаніе непосредственно ѣдующее въ общей лѣстницѣ за наказаніемъ, назначеннымъ за онченное дѣяніе, а при покушеніи на проступокъ опредѣляетъ змѣръ наказанія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ [3].

Партикулярные нѣмецкіе кодексы всегда держались начала смяг-нія отвѣтственности [4] и это начало, хотя въ весьма осложненной рмѣ, приняло дѣйствующее германское уложеніе, назначая вза-ѣнъ смертной казни и пожизненнаго заключенія въ Zuchthaus—chthaus отъ 3—15 лѣтъ; взамѣнъ пожизненной крѣпости—крѣ-сть отъ 3—15 лѣтъ, а въ прочихъ случаяхъ указывая, что при кушеніи низшая мѣра наказанія, установленнаго въ законѣ, жетъ быть уменьшена на 1/4. Аналогичную систему принимаетъ декс венгерскій, а кодексъ голландскій уменьшаетъ высшій

---

(1) Treillard, въ мотивахъ къ ст. 2 code pénal, объяснялъ такое приравненіе ъ, что при покушеніи преступленіе является уже выполненнымъ въ волѣ лица. историческія указанія у F. Hélie, Théorie, I, № 161; Ortolan, № 1026, пр. I.

(2) Какъ, напр., Rossi, Boitard, F. Hélie, Ortolan, Morin, Garraud, Lainé.

(3) Точно также прусскій кодексъ 1851 г. и баварскій 1861 г. допускали ньшеніе отвѣтственности при тѣхъ преступленіяхъ, за которыя назначалась ртная казнь и пожизненное заключеніе въ Zuchthaus.

(4) Подробное изложеніе вопроса о наказуемости покушенія по нѣмецкимъ онодательствамъ и доктринѣ у Zachariae, стр. 59, пр. 3, а также у Köstlin'a, tem, стр. 248.

размѣръ наказанія на $\frac{1}{3}$, безсрочное же наказаніе замѣняет срочнымъ не свыше 15 лѣтъ.

620. Въ пользу нѣмецкой системы могутъ быть приведен соображенія не только объективнаго, но даже отчасти и субъектив наго характера. Если преступная воля и сложилась у лица поку шающагося, то она все-таки не достигла той степени энергіи, каку она имѣетъ при оконченномъ преступномъ дѣяніи, или по крайне мѣрѣ у насъ нѣтъ достаточно данныхъ для вывода о наличност этой рѣшимости; въ особенности это соображеніе имѣетъ значені тогда, когда самая преступная дѣятельность еще не окончена когда для виновнаго есть возможность остановки ([1]).

Но еще болѣе основаній для снисхожденія представляетъ ст рона объективная—отсутствіе преднамѣреннаго виновнымъ вреда отсутствіе правонарушенія. «Немыслимо», какъ справедливо гов ритъ Росси, «забывать, что общество всегда и вездѣ иначе см тритъ на убійцу, жертва коего лежитъ въ гробу, чѣмъ на того чья попытка была неудачна, такъ что жертва является свидѣте лемъ на судѣ; подобно тому, какъ каждый изъ насъ невольн отличаетъ въ угрызеніяхъ совѣсти случаи, когда вредъ умышле ный или неосторожный дѣйствительно произошелъ или когда хотя бы и простая случайность, воспрепятствовала его осущ ствленію».

621. Сводъ законовъ (ст. 126—128, по изд. 1842 г.) прин малъ такое начало, что если покушеніе само по себѣ составляет самостоятельное преступленіе, то виновный наказывается какъ таковое, а въ противномъ случаѣ онъ подлежитъ наказанію, н значенному за оконченное дѣяніе, но съ уменьшеніемъ его въ ви и степени по усмотрѣнію суда ([2]).

([1]) За приравненіе по наказуемости къ оконченному преступному дѣянію оконченнаго покушенія—Köstlin, System, стр. 247, пр. II; изъ французски криминалистовъ—Bertauld, стр. 201; Trébutien, стр. 104; изъ русскихъ Спасовичъ, стр. 133. Весьма обстоятельныя возраженія противъ приравне оконченнаго покушенія къ совершенію приведены у Чебышева-Дмитріе 134; Ortolan, №№ 992—1000.

([2]) Ср. указанія на взглядъ нашихъ старыхъ криминалистовъ въ мое курсѣ, II, № 334, пр. 207.

Уложеніе существенно измѣнило эти постановленія, поставивъ наказуемость покушенія въ зависимость отъ дѣленія его на виды. До закона 9 Марта 1864 г. при покушеніи неоконченномъ наказаніе смягчалось на 1 или 2 степени, а покушеніе оконченное наказывалось наравнѣ съ исполненіемъ. Послѣ же этого закона, наказаніе за покушеніе неоконченное смягчается на 2, 3 или 4 степени, а за покушеніе оконченное—на 1, 2 или 3 степени, такъ что теперь практическое различіе между этими двумя видами сдѣлалось еще незначительнѣе, такъ какъ въ отдѣльныхъ случаяхъ покушеніе оконченное можетъ быть наказано слабѣе неоконченнаго (¹).

Если за данное дѣяніе въ законѣ назначено нѣсколько наказаній, то судъ, согласно ст. 149, можетъ выбрать одно изъ нихъ и отъ него уменьшать наказаніе по ст. 114 и 115. Самое уменьшеніе отвѣтственности для суда обязательно при покушеніи оконченномъ на 1 степень, а при покушеніи неоконченномъ на 2 степени; уменьшеніе же въ бо́льшихъ размѣрахъ зависитъ вполнѣ отъ усмотрѣнія суда, причемъ это уменьшеніе производится совершенно независимо отъ уменьшенія вслѣдствіе признанія подсудимаго заслуживающимъ снисхожденія, такъ что при этихъ условіяхъ возможно уменьшеніе на 5, а при неоконченномъ покушеніи даже на 6 степеней.

Въ уставѣ о наказаніяхъ, въ общей части, по этому вопросу нѣтъ никакихъ указаній, а по ст. 172 и 176 наказаніе при покушеніи уменьшается на половину.

По проекту во всѣхъ случаяхъ, въ коихъ покушеніе признается наказуемымъ, наказаніе, назначенное въ законѣ за оконченное преступное дѣяніе, уменьшается въ томъ же объемѣ и порядкѣ, который установленъ на случай признанія наличности обстоятельствъ, смягчающихъ вину. Такимъ образомъ, при покушеніи судъ никогда не можетъ назначить maximum'a, установленнаго въ законѣ, а относительно minimum'a онъ можетъ или уменьшить назначенное въ законѣ наказаніе до низшаго предѣла сего рода

(¹) Старая система сохранилась только въ постановленіяхъ о покушеніи на поджогъ, по 3 ч., ст. 1610.

наказанія или перейти къ слѣдующему роду, смотря по формѣ уголовной санкціи (1).

622. Разсматривая покушеніе, какъ осуществляющуюся преступную волю, я не касался вопроса о томъ, почему виновный остановился на своемъ пути и не довершилъ задуманнаго, а причины такой остановки могутъ быть различны: онѣ могутъ заключаться: или въ обстоятельствахъ, внѣ дѣятельности лежащихъ, или въ усмотрѣніи и волѣ виновнаго, или, наконецъ, въ самыхъ свойствахъ предпринятой дѣятельности.

Покушеніе, остановленное по обстоятельствамъ, внѣ воли и дѣятельности виновнаго лежащимъ, является какъ бы нормальнымъ видомъ покушенія, къ которому и относится все предшествующее изложеніе; поэтому я теперь долженъ остановиться на двухъ другихъ типахъ и, прежде всего, на покушеніи добровольно остановленномъ (2).

Но можно ли отличать покушеніе, остановленное по волѣ виновнаго, отъ покушенія, прекращеннаго по причинамъ, внѣ воли лежащимъ, когда сама воля есть также продуктъ этой обстановки? Отвѣтъ на это долженъ быть утвердительный, все равно, будемъ ли мы вмѣстѣ съ индетерминистами допускать самопочинность проявленія воли или же признаемъ закономѣрность всѣхъ ея актовъ. И въ послѣднемъ случаѣ мы будемъ отличать непосредственное воздѣйствіе окружающихъ условій, вызвавшее пріостановку или прекращеніе даннаго событія, и посредственное, предполагающее посредствующую дѣятельность нашего сознанія и разсудка, благодаря коей вліяніе окружающей среды переработывается въ мотивы дѣятельности.

Такимъ образомъ, добровольно остановленное покушеніе предполагаетъ сознательное измѣненіе лицомъ начатой имъ дѣятельности. Отсюда мы получимъ два вывода: во 1-хъ, какъ для

---

(1) Это можно пояснить такими примѣрами: если въ законѣ назначена, какъ наказаніе, каторга не ниже 8 лѣтъ (отъ 8—15), то при покушеніи можетъ быть назначена каторга отъ 5 до $14\frac{1}{2}$ лѣтъ; если назначена каторга не свыше 8 лѣтъ (отъ 5—8 лѣтъ), то при покушеніи, или каторга отъ 5—$7\frac{1}{2}$ лѣтъ, или исправительный домъ отъ $1\frac{1}{2}$—6 лѣтъ.

(2) Ср. Zachariae, §§ 249—289; Чебышевъ-Дмитріевъ, о покушеніи, стр. 188 и сл.; Binding, Normen, II, стр. 234.

покушенія вообще, такъ и для добровольной остановки необходима наличность умышленности, и покушеніе, не имѣвшее послѣдствій, благодаря небрежности или неловкости виновнаго, будетъ признаваться покушеніемъ, остановленнымъ по обстоятельствамъ, отъ преступника независѣвшимъ; во 2-хъ, что такъ какъ все отличіе понятія покушенія, добровольно остановленнаго, отъ покушенія, остановленнаго по обстоятельствамъ, отъ воли не зависѣвшимъ, сводится, главнымъ образомъ, къ различію посредственнаго и непосредственнаго вліянія окружающихъ преступную дѣятельность условій, то, понятно, что оба эти вида не только соприкасаются другъ съ другомъ, но и не замѣтно переходятъ одинъ въ другой, допуская въ отдѣльныхъ случаяхъ разграниченіе только по чисто конкретнымъ признакамъ. Поэтому, судебная практика, какъ западная, такъ и наша [рѣшенія по дѣламъ: Федорова ($^{68}/_{194}$) и Рожнова ($^{71}/_{1123}$)], требуетъ каждый разъ точнаго установленія причинъ остановки и, въ случаѣ рѣшенія дѣла съ участіемъ присяжныхъ, предложенія имъ особаго вопроса, причемъ, какъ замѣчаетъ сенатъ, если бы подобный вопросъ не былъ предложенъ, то, основываясь на томъ, что всякое сомнѣніе толкуется въ пользу подсудимаго, судъ долженъ признавать покушеніе остановленнымъ по волѣ виновнаго.

623. Добровольная остановка можетъ происходить изъ весьма разнообразныхъ побужденій; поэтому добровольною остановкою должна быть признана не только остановка изъ сознанія неправоты или безнравственности совершаемаго, изъ чувства раскаянія, изъ угрызеній совѣсти, изъ сожалѣнія къ жертвѣ, благодаря ея мольбамъ, но и остановка изъ страха наказанія, боязни поимки и даже изъ соображенія о томъ, что преступное дѣяніе выгоднѣе совершить въ другое время, при другихъ обстоятельствахъ, такъ какъ во всѣхъ этихъ случаяхъ неизмѣннымъ остается одно условіе: преступная дѣятельность была остановлена по волѣ виновнаго.

Мало того, покушеніе, при указанныхъ условіяхъ, признается добровольно остановленнымъ, хотя бы предпринятое виновнымъ и само по себѣ было не осуществимо; такимъ образомъ, если лицо, поднесшее другому чашку кофе съ предполагаемою отравою, не замѣчая, что оно перепутало чашки, и подаетъ ту, въ которой нѣтъ

отравы, одумывается и прекращаетъ преступную дѣятельность, то учиненное имъ будетъ разсматриваться какъ покушеніе, добровольно оставленное.

Это понятіе добровольно остановленнаго покушенія заключаетъ въ себѣ предположеніе о прекращеніи дѣятельности навсегда или на болѣе или менѣе продолжительное время; поэтому подъ него не можетъ быть подводима простая пріостановка дѣятельности, въ виду измѣненія плана, когда осуществленіе преступнаго намѣренія продолжается; причемъ нельзя не замѣтить, что это различіе остановки и пріостановки можетъ быть дѣлаемо только на основаніи фактическихъ условій даннаго дѣла, такъ какъ различіе между этими понятіями скорѣе количественное, чѣмъ качественное.

Со стороны объективной, покушеніе, добровольно остановленное, предполагаетъ дѣятельность еще недовершенную и оставленную, но можно ли говорить о такой остановкѣ при такъ называемомъ оконченномъ покушеніи? Конечно, тамъ, гдѣ виновный сдѣлалъ все, что было нужно или что онъ считалъ нужнымъ, уже нельзя говорить о добровольномъ прекращеніи дѣятельности; но это еще не устраняетъ возможности вліянія измѣненія направленія воли на юридическое свойство учиненнаго, такъ какъ тогда можно говорить о невозобновленіи дѣятельности, оказавшейся неудачною, о предотвращеніи преступныхъ послѣдствій дѣятельности и т. д. Однимъ словомъ, опредѣляя покушеніе, какъ не довершенное осуществленіе преступнаго умысла, мы можемъ, рядомъ съ добровольно оставленномъ покушеніемъ, говорить о добровольно не довершенномъ преступномъ дѣяніи.

Далѣе, и въ томъ и въ другомъ случаѣ, то, что было уже совершено или выполнено покушавшимся, можетъ быть или само по себѣ преступно, или, безразличное само по себѣ, оно получаетъ преступный характеръ только благодаря тому, что въ немъ проявилась преступная воля.

624. Другой вопросъ, какое значеніе имѣетъ добровольная остановка покушенія на наказуемость? Покушеніе наказывается потому, что преступная воля, начавшая свое осуществленіе, представляетъ уже опасность для общества и требуетъ кары;

наказуемымъ является учиненное, какъ начало осуществленія преступнаго умысла; но при добровольно оставленномъ покушеніи злая воля исчезаетъ, прекращается, а вмѣстѣ съ тѣмъ, очевидно, исчезаетъ и юридическое основаніе наказуемости.

Но и помимо этого основанія, нельзя не принять во вниманіе и соображеній уголовной политики. Выполненіе преступнаго дѣянія представляетъ несомнѣнный вредъ для общества, а потому всякое усиленіе условій, могущихъ воспрепятствовать его окончанію, выгодно для охраны правоваго порядка; въ силу этого, ненаказуемость добровольно прекращенной дѣятельности представляетъ несомнѣнную выгоду. Далѣе, добровольное прекращеніе преступной дѣятельности, какъ мы видѣли, иногда свидѣтельствуетъ, или же заставляетъ предполагать, что виновный доступенъ чувству раскаянія, жалости, угрызеній совѣсти, а государство не можетъ игнорировать эти проявленія человѣческой природы, не можетъ забывать, что возбужденіе раскаянія составляетъ одно изъ желаемыхъ послѣдствій уголовной кары, оправдывая отчасти самое существованіе наказанія. Наконецъ, какъ справедливо замѣчаетъ Росси (глава XXXII), наказывая добровольно оставленное покушеніе, мы, по необходимости, будемъ примѣнять наказаніе къ крайне ограниченному числу случаевъ, такъ какъ при подобныхъ условіяхъ преступная воля не оставляетъ обыкновенно никакихъ внѣшнихъ признаковъ, на основаніи которыхъ можно бы было возбудить уголовное преслѣдованіе (1).

Эта безнаказанность не можетъ зависѣть отъ мотивовъ остановки, такъ какъ большинство соображеній, говорящихъ въ пользу безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, сохраняетъ свое значеніе и въ тѣхъ случаяхъ, когда причиною остановки былъ страхъ наказанія, даже простой разсчетъ, а съ другой стороны, если для суда весьма часто трудно рѣшить, остановился ли виновный по своей волѣ или по постороннимъ причинамъ, то

---

(1) За юридическія основанія безнаказанности высказываются: Köstlin, System, стр. 238, Zachariae, Berner; за политическія—преимущественно французскіе криминалисты, какъ, напр., Ortolan, № 991, изъ нѣмецкихъ—Osenbrüggen, Liszt, стр. 192, а изъ русскихъ—въ особенности Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 141. Ср. обзоръ различныхъ мнѣній у Geib, II, стр. 311.

опредѣленіе самыхъ мотивовъ остановки представляется, за малыми исключеніями, почти невозможнымъ, такъ какъ даже стараніе виновнаго загладить слѣды совершеннаго не свидѣтельствуетъ еще само по себѣ объ его раскаяніи.

Такая безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія предполагаетъ, разумѣется, что выполненное покушавшимся само по себѣ не наказуемо; въ противномъ случаѣ, не отвѣчая за покушеніе, онъ будетъ наказанъ за то, что онъ уже сдѣлалъ. Такимъ образомъ, сломавшій замокъ на двери съ тѣмъ, чтобы совершить кражу въ квартирѣ, а затѣмъ отказавшійся отъ своего намѣренія, будетъ тѣмъ не менѣе отвѣчать за поврежденіе чужаго имущества; нанесшій тяжкіе удары, съ цѣлью лишенія жизни, и отказавшійся отъ выполненія задуманнаго, будетъ отвѣчать за побои или раны и т. д.

Такая наказуемость, конечно, предполагаетъ, что учиненное запрещено закономъ, какъ самостоятельное дѣяніе; если же оно обложено наказаніемъ только какъ покушеніе или приготовленіе, то добровольная остановка устраняетъ возможность примѣненія къ виновному и этихъ постановленій о покушеніи или приготовленіи.

Но примѣняются ли всѣ эти соображенія къ добровольно недовершенному преступному дѣянію, къ покушенію оконченному? Нельзя не сказать, что многіе криминалисты, защищающіе безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія, не распространяютъ этого положенія на данные случаи (1). Но казалось бы, что и здѣсь можно пріискать и юридическія и политическія соображенія въ пользу безнаказанности, въ особенности тогда, когда преступникъ не только добровольно не продолжалъ своей дѣятельности, хотя бы это было вполнѣ возможно, но и старался уничтожить послѣдствія совершеннаго, когда, напр., убійца, бросивъ свою жертву въ рѣку, вслѣдъ затѣмъ самъ же вытащилъ ее изъ воды и т. п.

---

(1) Ср. Köstlin, System, стр. 239; Geib, Lehrbuch, II, стр. 313; Berner, Lehrbuch, § 79; но при оконченномъ покушеніи онъ, однако, допускаетъ возможность воспрепятствованія наступленію результата.

625. Положенія о безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія признано всѣми новыми кодексами. Такъ, французское право признаетъ покушеніе наказуемымъ только въ томъ случаѣ, если оно было прекращено или осталось безъ послѣдствій по обстоятельствамъ, не зависѣвшимъ отъ воли виновнаго. То же принимаютъ кодексы бельгійскій (ст. 51) и голландскій (ст. 45). Подробнѣе говоритъ объ этомъ германское уложеніе (§ 46), признавая покушеніе безнаказаннымъ, коль скоро виновный: 1) прекратилъ выполненіе преднамѣреннаго не по обстоятельствамъ отъ его воли не зависѣвшимъ, и 2) когда онъ собственною дѣятельностью устранилъ наступленіе послѣдствія, необходимаго для окончанія преступленія или проступка, и притомъ до обнаруженія преступной его дѣятельности. Эти постановленія относятся, слѣдовательно, и къ неоконченному, и къ оконченному покушенію, причемъ для безнаказанности перваго достаточно прекращенія дѣятельности виновнаго, его дальнѣйшаго бездѣйствія, а для безнаказанности втораго необходима активная дѣятельность, уничтожившая возможность наступленія послѣдствій. То же постановляетъ и кодексъ венгерскій (§ 67).

626. Дѣйствующее уложеніе въ ст. 113 постановляетъ: «когда учинившій приготовленіе къ преступленію, или уже и покусившійся на оное остановился притомъ, и по собственной волѣ не совершилъ преднамѣреннаго, то онъ подвергается наказанію лишь въ томъ случаѣ, если содѣянное имъ при семъ приготовленіи или покушеніи есть само по себѣ преступленіе, а не за то, которое онъ прежде былъ намѣренъ совершить».

Изъ этого постановленія видно, что законъ имѣетъ въ виду только остановку по собственному побужденію, безотносительно къ вызвавшимъ ее мотивамъ. При этомъ безнаказанность покушенія не устраняетъ отвѣтственности за то, что было покушавшимся учинено преступнаго.

Законъ говоритъ вообще о покушеніи, не касаясь вовсе различія покушенія оконченнаго и неоконченнаго; но практика нашего сената [рѣшенія по дѣламъ: Захарова ($^{68}/_{815}$), Ивановой ($^{68}/_{102}$)] разрѣшила этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что при покушеніи оконченномъ, указанномъ въ ст. 115, добровольная остановка

не имѣетъ никакого значенія, такъ что и вопросъ о ней не долженъ быть предлагаемъ присяжнымъ.

Уставъ о наказ. говоритъ общимъ образомъ, что покушеніе на проступокъ, остановленное по собственной волѣ подсудимаго, не подлежитъ наказанію.

Проектъ редакціонной коммисіи вноситъ въ самое понятіе покушенія то условіе, чтобы преступное дѣяніе не было довершено по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему.

Такимъ образомъ, какъ говоритъ объяснительная записка, по проекту не будетъ наказуемаго покушенія: во 1-хъ, когда виновный остановился и по собственной волѣ не довершилъ умышленнаго, и, во 2-хъ, когда онъ своими усиліями и прежде раскрытія его поступка, не допустилъ наступленія тѣхъ преступныхъ результатовъ, которые должны были произойти изъ его поступка и которые отнесены къ законному составу преступленія . . . . . При этомъ, конечно, въ обоихъ случаяхъ покушенія, не наказуемаго по добровольному его прекращенію, предполагается, что то, что виновный уже сдѣлалъ, не составляетъ самостоятельнаго преступнаго дѣянія. Въ дѣйствующемъ уложеніи это послѣднее условіе прямо выражено въ законѣ; но редакціонная коммисія полагаетъ такое особое указаніе излишнимъ, такъ какъ это положеніе раскрывается изъ самаго опредѣленія покушенія.

627. Другія основанія недовершенія задуманнаго заключаются въ условіяхъ преступной дѣятельности, и, прежде всего, въ негодности выбранныхъ средствъ, причемъ нельзя не прибавить, что собственно это условіе можетъ относиться не только къ покушенію, но и къ тѣмъ дѣйствіямъ, которыми виновный только подготовляетъ выполненіе, когда онъ пріискалъ или приготовилъ средства негодныя, и наконецъ, къ тѣмъ случаямъ, когда онъ сдѣлалъ все, что предполагалъ, но задуманное не удалось именно потому, что средства были негодны.

Конечно, вопросъ о томъ, можно ли наказывать человѣка, пытавшагося выстрѣлить изъ незаряженнаго ружья или поднесшаго, вмѣсто отравы, сахарную воду, издавна занималъ криминалистовъ и указаніе на него мы встрѣчаемъ у писателей XVI и XVII столѣтія; но они затрогивали его случайно, почти исключи-

тельно по отношенію къ убійству. Обобщеніе этихъ случаевъ было впервые сдѣлано Фейербахомъ, считающимся родоначальникомъ всего этого вѣчноспорнаго вопроса.

Фейербахъ въ четвертомъ изданіи своего учебника, имѣя, очевидно, въ виду извѣстное въ то время дѣло баварскаго пастора Riembauer'а, поставилъ вопросъ о томъ: можно ли признать виновнымъ въ покушеніи на убійство человѣка, ходившаго на богомолье съ цѣлью замолить до смерти своего врага?

Съ тѣхъ поръ, злосчастный баварецъ сдѣлался пробнымъ камнемъ самыхъ разнообразныхъ попытокъ и взглядовъ, такъ что литература вопроса о покушеніи съ негодными средствами, въ особенности въ Германіи, оказалась невѣроятно многочисленною и самое ученіе признано источникомъ нескончаемыхъ контроверсъ ([1]).

Конечно, подробный разборъ всѣхъ этихъ попытокъ былъ бы излишенъ; но, казалось бы, не безполезно познакомиться съ важнѣйшими изъ нихъ, въ особенности съ тѣми, которыя остались не безъ вліянія на законодательства и практику ([2]).

628. Всѣ попытки могутъ быть сведены къ тремъ основнымъ типамъ: 1) попытки чисто объективныя, отрицающія наказуемость такого рода покушенія; 2) попытки субъективныя, признающія

([1]) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 342, прим. 243; изъ приведенныхъ тамъ спеціальныхъ монографій можно указать: М. Рудинскій, о покушеніи съ негодными средствами и надъ негоднымъ объектомъ по взглядамъ теоріи и по русскому праву, въ юрид. вѣстн. 1877 г.; Rubo, über den Versuch mit untauglichen Mitteln, oder am untauglichen Objecten, въ Gerichtssaal, за 1865 г.; Hertz, über den Versuch mit untauglichen Mitteln, 1874 г.; онъ, между прочемъ, замѣчаетъ, что нѣмецкая литература по этому вопросу стала почти необозрима; H. Lammasch, das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches, 1879 г.; Goldfeld, über dem Versuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objecten, 1882 г.; Geyer, über die sog. untauglichen Versuchshandlungen въ Zeitschrift за 1881 г.; эта статья посвящена главнымъ образомъ разбору практики германскаго Reichsgericht'а; Buri—Versuch und Kausalität въ Gerichtssaal 1880 г. и его же über die sog. untauglichen Versuchshandlungen въ Zeitschrift за 1881 г., послѣдняя статья отвѣтъ Гейеру.

([2]) Geib, II, стр. 306, различаетъ 7 группъ теорій; а Rubo въ Gerichtssaal—пять. Ср. болѣе подробный разборъ отдѣльныхъ ученій въ моемъ курсѣ, II, стр. 216—225; ср. также Колоколовъ, стр. 146—179; Hälschner, § 146.

полную наказуемость всѣхъ случаевъ, и 3) попытки смѣшанныя, пытающіяся различать два вида таковаго покушенія—наказуемый и ненаказуемый.

Представителемъ перваго направленія является прародитель вопроса, Фейербахъ, утверждавшій, что признаніе въ этихъ случаяхъ наказуемости повело бы къ смѣшенію права и нравственности. Покушеніе, говоритъ онъ (Lehrbuch, § 42), тогда только наказуемо, когда само дѣяніе, по своимъ внѣшнимъ свойствамъ, находится въ причинной связи съ преднамѣреннымъ преступленіемъ, когда оно объективно опасно, такъ какъ иначе, наказывая дачу мнимаго яда или покушеніе на убійство трупа, мы смѣшаемъ область нравственности съ правомъ, начало карательное съ принципами полиціи. Сходное положеніе ставитъ другой представитель этого воззрѣнія, Росси (глава XXX): идея начала исполненія, говоритъ онъ, предполагаетъ возможность достиженія цѣли, а этого не существуетъ, когда думаютъ достичь возможной цѣли невозможными средствами [1].

Но это ученіе, съ одной стороны, оставляетъ недоказаннымъ, что понятіе покушенія предполагаетъ учиненіе дѣянія, находящагося, само по себѣ, въ причинной связи съ послѣдствіемъ, а съ другой, практически приводитъ къ отрицанію наказуемости какого бы то ни было покушенія, остановленнаго не по волѣ виновнаго, такъ какъ самая остановка уже указываетъ, что существовало нѣчто, благодаря чему, при данныхъ условіяхъ, предпринятая попытка не могла привести къ желаемому результату, была негодна.

629. Иначе отнеслись къ вопросу, конечно, теоріи субъективныя, видѣвшія въ покушеніи такую дѣятельность, которая съ очевидностью дозволяла распознать преступную волю, такъ какъ въ

---

[1] За Росси слѣдуетъ большинство французскихъ криминалистовъ, какъ, напр. Trébutien, Blanche, Le Sellyer и др. Насколько господствуетъ это воззрѣніе во Франціи, видно изъ того, что въ краткихъ учебникахъ, какъ Dieudonné, «répétitions»; Richard-Maisonneuve, «exposé», положеніе о безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ и съ негодными средствами приводится какъ безспорное. Изъ нѣмецкихъ криминалистовъ за такое воззрѣніе высказываются Rubo, Heffter.

этомъ отношенiи несомнѣнно, что негодность употребленныхъ средствъ не можетъ ни въ чемъ измѣнить понятiя о покушенiи и его наказуемости, причемъ, будучи послѣдовательными, послѣдователи этого воззрѣнiя должны были примѣнять это положенiе и къ покушенiю съ средствами, выбранными только по невѣжеству и суевѣрiю: изъ дѣйствiя лица, подносящаго другому наколдованную воду, при извѣстныхъ условiяхъ можно такъ же заключить о наличности намѣренiя убить, какъ изъ факта взлома или взлѣза о намѣренiи красть. Впрочемъ, нельзя не прибавить, что большинство сторонниковъ этого направленiя, хотя и въ ущербъ послѣдовательности, не дѣлали такихъ выводовъ, несомнѣнно указывающихъ на практическую непригодность основнаго начала и на невозможность совершенно игнорировать при покушенiи объективное значенiе дѣятельности (¹).

630. Наиболѣе распространенными являются теорiи посредствующiя, а въ особенности теорiя различiя средствъ абсолютно и относительно негодныхъ (²), понимающая подъ первыми тѣ средства, которыя ни при какихъ условiяхъ не могутъ привести къ желаемому результату, которыя, такъ сказать, негодны по своему существу, а подъ вторыми тѣ, которыя оказались негодными только

(¹) Такъ, Бауеръ, стр. 337, находитъ, что подобныя дѣйствiя не пригодны для распознаваемости воли, но доказательствъ этого положенiя не представляетъ. Кестлинъ въ своей System (стр. 228,—а въ «neue Revision» онъ признаетъ всѣ эти случаи наказуемыми) замѣчаетъ, что здѣсь будетъ дѣянiе безнравственное, но не преступное, такъ что такое покушенiе составляетъ delictum putativum. Геппъ въ своемъ Versuche, стр. 333, спецiально по отношенiю къ фейербаховскому баварцу признавалъ учиненное имъ не наказуемымъ, такъ какъ иначе пришлось бы признать физическимъ виновникомъ божество и т. д. Изъ нѣмецкихъ сторонниковъ этого воззрѣнiя можно назвать—Jarcke, Luden, Jancka, Pfotenhauer, Lamasch, а наиболѣе послѣдовательнымъ—Бури, въ его многочисленныхъ монографiяхъ; изъ нашихъ криминалистовъ—С. Баршева, Ратовскаго, Орлова; этотъ послѣднiй признаетъ баварца не наказуемымъ, потому что даже въ предположенiяхъ его не существуетъ причинной связи; также Колоколовъ, стр. 231, но онъ при покушенiи съ суевѣрными средствами допускаетъ презумпцiю невмѣняемости, а потому каждый разъ предлагаетъ ставить о семъ особый вопросъ.

(²) Первоначально это воззрѣнiе было установлено Миттермайеромъ въ Archiv, 1816 г., стр. 194; къ этому воззрѣнiю примыкаютъ—Zachariae, Chop, Berner, § 77, Schütze, H. Meyer, стр. 261; а изъ французскихъ—Ortolan, Haus. Ср. болѣе подробное указанiе на сторонниковъ этого воззрѣнiя у Geib, II, стр. 310; обстоятельный разборъ этого воззрѣнiя у Hälschner, стр. 349.

благодаря особеннымъ условіямъ даннаго случая. Попытка дѣй-ствовать съ абсолютно негодными средствами, напр., попытк выстрѣлить изъ не заряженнаго ружья, отравить наколдованно водою и т. д., признается по этой теоріи не наказуемою, попытка съ относительно негодными средствами, напр., попытк влѣзть для учиненія кражи въ окно по лѣстницѣ, которая оказалас коротка, или отпереть замокъ плохо подобраннымъ ключемъ-наказуемою.

Но имѣетъ ли твердыя основанія самое различіе абсолютно относительно негодныхъ средствъ? Съ одной стороны, много л средствъ мы можемъ назвать абсолютно негодными? Въ бол шинствѣ изслѣдованій, напр., признается абсолютно негодным средствомъ отравленія дача сахара, но любой медикъ возразитъ это, что существуютъ такія болѣзненныя состоянія организм при которыхъ введеніе въ организмъ даже незначительной до сахара можетъ причинить разстройство здоровья и самую смерт даже пресловутый примѣръ дачи нашептаннаго питья не имѣе рѣшающаго значенія, такъ какъ несомнѣнно, что на натуру нер ную и такой способъ можетъ оказать вредное дѣйствіе. Съ друг стороны, что такое недостаточное средство? Самый сильный яд данный въ ничтожной дозѣ или въ такомъ составѣ, который л шаетъ его вредоносности, есть такое же абсолютно негодное сре ство, какъ сахаръ или магнезія; лѣстница въ два аршина ес несомнѣнно абсолютно негодное средство для того, чтобы влѣз въ окно, отстоящее отъ земли на двѣ сажени.

Вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя не прибавить, что по этой теоріи пр ходится приравнивать по наказуемости случаи весьма разнор ные, такъ какъ, по этому воззрѣнію, поступокъ лица, поставивша на рельсахъ крестъ, съ цѣлью причинить крушеніе желѣзнодоро наго поѣзда, двигаемаго, по убѣжденію этого лица, нечисто силою, оказывается юридически тождественнымъ съ дѣйствіе лица, бросившагося на своего врага съ пистолетомъ въ рукахъ, замѣчая, что имъ взятъ вмѣсто приготовленнаго заряженна пистолета—не заряженный ([1]).

([1]) Оригинальную, хотя, на мой взглядъ, совершенно несостоятельную пытку дѣлаетъ Чебышевъ-Дмитріевъ, предлагая различать покушеніе съ пр ступными и непреступными средствами, и допуская ненаказуемость покуше

631. На иную почву становится другая посредствующая теорія, loженная, между прочимъ, и въ основаніе нашего дѣйствующаго рава. Границы наказуемаго и не наказуемаго покушенія, говоритъ а, нужно искать прежде всего не въ свойствахъ средствъ, такъ къ средства во всѣхъ такихъ случаяхъ оказываются негодными я выполненія задуманнаго, а въ самыхъ основаніяхъ ихъ выбора. кія основанія могутъ быть двояки: или виновный прибѣгъ къ кимъ средствамъ случайно, когда безвредный характеръ его ятельности зависѣлъ отъ обстоятельствъ, внѣ его воли и усмоѣнія лежащихъ, или же эти средства были выбраны имъ самимъ.

Въ первомъ случаѣ, когда выборъ негодныхъ средствъ обусловливался случайностью, эта негодность не имѣетъ никакого знанія, и виновный подлежитъ наказанію за учиненное имъ покушеніе, и притомъ безразлично, проявилась ли эта негодность въ ментъ выполненія дѣянія, когда виновный случайно схватилъ заряженный пистолетъ вмѣсто заряженнаго, или же въ моментъ дготовительныхъ дѣйствій, когда виновный влилъ въ питье едполагаемый ядъ не изъ той склянки, въ которой онъ находился (1). Такая дѣятельность, по этому взгляду, заключаетъ въ бѣ всѣ элементы наказуемаго дѣянія: со стороны объективной о дѣйствіе представляетъ начало воспроизведенія законнаго става, а со стороны субъективной—въ немъ обнаруживается альная злая воля, а потому не усматривается и основаній приавать такое покушеніе не наказуемымъ.

Но если средства, оказавшіяся негодными, были сознательно браны виновнымъ, такъ что онъ дѣйствовалъ на основаніи удачно составленнаго плана, то можетъ-ли онъ быть наказанъ свою попытку? На это существуетъ двоякій отвѣтъ.

лько въ послѣднихъ случаяхъ. Я не дѣлаю болѣе подробнаго изложенія и збора его взгляда, такъ какъ основанія всего этого ученія были разсмотрѣны ше, въ отдѣлѣ о средствахъ и способахъ учиненія преступнаго дѣйствія.

(1) Поэтому нельзя согласиться съ теоріею Geyer, über die Strafbarkeit untauglher Versuchshandlungen въ Gerichtssaal'ѣ за 1866 г., который пытался разчать наказуемое и не наказуемое покушеніе по тому, прибѣгъ ли дѣйствующій негодному средству съ самаго начала своей дѣятельности (не наказуемое покуніе) или эта дѣятельность стала негодною впослѣдствіи (наказуемое покушеніе).

Одна группа писателей, представителемъ которой можетъ быт
названъ Баръ [1], отрицаетъ наказуемость всѣхъ тѣхъ случаев
этого рода, гдѣ выборъ данныхъ средствъ противорѣчилъ обще
признанной логикѣ и общему здравому смыслу. Сущность пре
ступнаго умысла, говоритъ Баръ, заключается не только въ уста
новленіи опредѣленнаго пути или цѣли дѣятельности, но и в
выборѣ средствъ и способовъ дѣйствія, пригодныхъ для достиже
нія задуманнаго, согласно съ общими указаніями жизненнаг
опыта и здраваго человѣческаго смысла; этою цѣлесообразносты
предположенной дѣятельности и отличается реальная, а потом
и преступная злая воля, отъ фантастическихъ, хотя бы и без
нравственныхъ плановъ. Поэтому попытка дѣйствовать таким
средствами, которыя, при предполагаемыхъ условіяхъ, по законам
природы и логики, не могутъ вести къ желаемому результату
не можетъ разсматриваться какъ осуществленіе дѣйствительн
преступной воли и не можетъ почитаться наказуемымъ покуше
ніемъ.

Такимъ образомъ, по этому взгляду, ошибка въ выборѣ средств
оцѣнивается по объективному масштабу, ставится въ соотношені
съ излюбленнымъ Баромъ понятіемъ «правилъ жизни (Regeln de
Lebens), но и здѣсь этотъ принципъ оказывается неустойчивым
Представимъ себѣ, что рѣчь идетъ объ оцѣнкѣ негодных
средствъ, выбранныхъ виновнымъ для отравленія; по теоріи Ба
мы должны рѣшить вопросъ о томъ, какъ смотритъ на это сре
ство здравый смыслъ, но чей: массы народа или спеціалистов
медиковъ или юристовъ?

Гораздо ýже смотрятъ на условія безнаказанности покушенія с
негодными средствами представители другаго оттѣнка той ж
группы [2], которые признаютъ безнаказанность въ том

(1) Zur Lehre von Versuch, §§ 6—9.

(2) Къ такому выводу приходятъ: Вальтеръ, Гельшнеръ; къ нему же въ кон
концовъ приходятъ и многіе изъ сторонниковъ чисто субъективнаго воззрѣні
какъ Бауеръ, Кестлинъ. Изъ нашихъ криминалистовъ наиболѣе обстоятель
защищаетъ это воззрѣніе А. Кистяковскій, §§ 296—300; но онъ полагаетъ, ч
покушеніе съ негодными средствами, выбранными случайно, хотя и должно бы
наказуемо, но ниже, чѣмъ обыкновенное покушеніе. Къ этому же выводу пр
ходитъ В. Спасовичъ, стр. 137.

учаѣ, когда выборъ средствъ объясняется только крайнимъ невѣжествомъ виновнаго, благодаря чему воля его утрачиваетъ опасный характеръ. Къ числу такихъ не наказуемыхъ попытокъ должна быть, конечно, отнесена и дѣятельность при помощи, такъ называемыхъ, суевѣрныхъ средствъ. Конечно, съ объективной стороны, и эта дѣятельность можетъ заключать въ себѣ начало воспроизведенія законнаго состава преступнаго дѣянія; но со стороны субъективной, воля, проявленная виновнымъ, не представляется опасною для общества. Самое рѣшеніе вопроса о томъ, объясняется ли выборъ извѣстныхъ средствъ крайнимъ невѣжествомъ или суевѣріемъ лица, можетъ быть сдѣлано не a priori, только при разсмотрѣніи судомъ каждаго отдѣльнаго акта.

632. Разнорѣчіе взглядовъ, проявившееся въ доктринѣ, должно было отразиться и на законодательствахъ, и на судебной практикѣ.

Французскій кодексъ не содержитъ никакихъ постановленій по этомъ предметѣ; но большинство комментаторовъ [1] признаютъ покушеніе съ негодными средствами не наказуемымъ. Также умалчиваютъ объ этомъ кодексы бельгійскій и голландскій.

Партикулярные нѣмецкіе кодексы содержали подробныя и весьма запутанныя постановленія по этому предмету [2]; но германскій кодексъ, по примѣру прусскаго, не ввелъ никакого постановленія и практика нѣмецкая до введенія новаго судоустройства представляла полнѣйшее разнообразіе въ его рѣшеніи [3]. Наконецъ Reichsgericht, рѣшеніемъ общаго собранія его отдѣленій, 24 Мая 1880 г., призналъ, что негодность средствъ безусловно не

---

(1) Ср. Blanche, Etudes, I, № 8; Dalloz, code pénal, art. 2, № 105. Ср. также указанія въ моемъ курсѣ, II, № 348, пр. 262; но новѣйшіе французскіе криминалисты, какъ Garraud, № 118; Lainé, № 172, допускаютъ значительныя отступленія отъ установившагося взгляда.

(2) Переводъ текста этихъ кодексовъ у Орлова, стр. 152 и сл.

(3) Такъ, оберъ-трибуналы берлинскій и мюнхенскій признавали всѣ эти случаи наказуемыми, а вюртембергскій—не наказуемыми. Ср. Rubo, Commentar, 43, № 3.

вліяетъ на наказуемость, какова бы ни была степень ихъ негод-
ности и какова бы ни была причина ошибки ([1]).

633. Въ нашемъ правѣ сводъ законовъ вовсе не упоминал
объ этомъ вопросѣ ([2]); точно также и уложеніе 1845 г. не за-
тронуло его ни въ текстѣ, ни въ мотивахъ, а наша судебна
практика представила въ этомъ отношеніи значительныя коле-
банія ([3]), какъ это можно видѣть изъ слѣдующихъ примѣровъ.

По дѣлу крестьянки Лодыгиной ([4]), обвинявшейся въ покушені
отравить мужа квасцами, первое общее собраніе петербургских
департаментовъ сената, въ рѣшеніи отъ 8 Іюня 1849 г., нашло
что такъ какъ покушеніе на преступленіе заключаетъ въ себ
начало или часть предположеннаго зла, то само собою разумѣетс
что покушеніемъ на преступленіе должны быть почитаемы толь
тѣ дѣйствія, послѣдствіемъ коихъ было бы самое совершеніе пре-
ступленія, а изъ этого слѣдуетъ, что дѣйствіе, которое не толь
не произвело, но и не могло произвести преднамѣреннаго зла, п
несообразности употребленныхъ средствъ съ умысломъ, долж
быть признаваемо не покушеніемъ, а приготовленіемъ ([5]).

Напротивъ того, въ 1859 г. московское общее собраніе прави-
тельствующаго сената, по дѣлу крестьянки Романовой, пытавшейс
отравить мужа нашатыремъ, не принадлежащимъ, по заключені
врачебной управы, къ ядамъ, признало подсудимую виновною н
въ приготовленіи, а въ покушеніи оконченномъ ([6]).

([1]) Entsch., I, № 204. Разборъ этого рѣшенія въ статьѣ Geyer'a Zeitschrift,
Zimmermann въ статьѣ въ Gerichtssaal за 1881 г. доказываетъ непримѣнимос
этого толкованія къ случаямъ приготовленія негодныхъ средствъ.

([2]) Наши старые криминалисты—Нейманъ, Цвѣтковъ, Гуляевъ также вовсе
упоминали объ этомъ вопросѣ.

([3]) См. подробное изложеніе этой практики въ моемъ курсѣ, II, № 349 и сл.

([4]) Сборникъ рѣшеній правит., т. 2, ч. 4, № 1155.

([5]) Такъ же были разрѣшены въ томъ же общемъ собраніи дѣла: Кулешово
обвинявшейся въ покушеніи отравить мужа порошкомъ сухой змѣи; Васильево
пытавшейся отравить своихъ господъ неизвѣстнымъ веществомъ, въ которо
однако яду не оказалось. Ср. журн. мин. юст. 1865 г., № 12.

([6]) Дѣло бывшаго II-го отдѣленія Собственной Его Императорскаго Велич
ства канцеляріи 1859 г., № 86. При разсмотрѣніи этого дѣла на консульта
мин. юстиціи, было спрошено заключеніе главноуправляющаго II-мъ отдѣ
ніемъ, графа Блудова, который не только вполнѣ согласился со взгляда

Наконецъ, въ томъ же 1859 г., государственный совѣтъ, по ѣлу Екатерины Бейгуль (1), пытавшейся отравить своего отца пiумомъ, даннымъ въ такомъ незначительномъ количествѣ, котоое, по отзыву врачебной управы, не могло имѣть вреднаго дѣйствiя, ризналъ ее виновною въ покушенiи, но неоконченномъ.

634. Всѣ эти недоразумѣнiя были устранены прямымъ указаiемъ закона 9 Марта 1864 г., вошедшемъ въ ст. 115 уложенiя.

На основанiи текста ст. 115 (изд. 1885 г.), покушенiе признается конченнымъ и въ томъ случаѣ, когда предположенное зло не оспослѣдовало только по безвредности употребленныхъ средствъ; о въ примѣчанiи къ этой статьѣ прибавлено: «если при покушенiи одсудимымъ, по крайнему невѣжеству или суевѣрiю, были употребены средства вполнѣ и очевидно недѣйствительныя для совершеiя преступленiя, какъ то: нашептыванiя, наговоры, заклинанiя т. п., то онъ подвергается наказанiю какъ за преступный умыселъ по ст. 111 уложенiя».

Такимъ образомъ, уложенiе примыкаетъ всецѣло къ послѣдней зъ разобранныхъ выше теорiй и признаетъ покушенiе не наказуемымъ только въ томъ случаѣ, когда негодныя средства были менно выбраны виновнымъ по его крайнему невѣжеству или уевѣрiю.

При этомъ, для примѣненiя примѣчанiя къ ст. 115 безразлично, ыло ли покушенiе еще не окончено, или виновный уже сдѣлалъ се, что считалъ нужнымъ, и зло не воспослѣдовало только благоаря негодности средствъ.

Далѣе, указанiе на то, что въ этихъ случаяхъ виновный отвѣаетъ за злой умыселъ, представляется совершенно неудачнымъ. онечно, въ подобныхъ случаяхъ проявляется злой умыселъ; но

осковскихъ департаментовъ сената, но и выразилъ ту мысль, что по ясному мыслу нашего закона для покушенiя безразлично, какiя средства были выбраны иновнымъ, хотя бы онъ прибѣгъ и къ суевѣрнымъ.

(1) Журн. мин. юстицiи 1865 г., № 12. Еще позднѣе, въ 1862 г., по дѣлу зюля, разсматривавшемуся на консультацiи мин. юстицiи и бывшему непосредвеннымъ поводомъ закона 9 Марта 1864 г., министръ юстицiи снова призналъ, то эти случаи составляютъ оконченное покушенiе.

можно ли признать такое проявленіе наказуемымъ? Можно ли, напр., примѣнить уголовное наказаніе и притомъ, въ виду ст. 242, самое тяжкое, къ человѣку, который колдовалъ на жизнь Государя или членовъ царствующаго дома?

Проектъ также вноситъ въ текстъ закона особое постановленіе по данному вопросу, совершенно аналогичное съ ст. 115, говоря: покушеніе учинить преступное дѣяніе негоднымъ средствомъ, выбраннымъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію дѣйствовавшаго, не наказуемо. Въ подобныхъ случаяхъ, какъ замѣчаетъ объяснительная записка, можно говорить о преступныхъ помыслахъ, пожеланіяхъ, но не объ опасной для общества воли.

635. Другимъ объективнымъ условіемъ, препятствующимъ довершенію преступнаго замысла, является непригодность объекта, дающая содержаніе ученію о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ ([1]).

Но представляетъ ли этотъ вопросъ самостоятельное значеніе, или же къ нему должны быть вполнѣ примѣнимы только что приведенныя положенія относительно покушенія съ негодными средствами? Дѣйствительно, несомнѣнно существуютъ такіе случаи, въ коихъ мы съ трудомъ можемъ сказать, что́ создало непригодность данной дѣятельности—средства или объектъ. Если кто либо стрѣлялъ изъ монте-кристо въ человѣка, одѣтаго въ хорошую дубленку, или и изъ большаго пистолета, но въ человѣка, на которомъ панцырная сѣтка, то что́ мы имѣемъ въ данномъ случаѣ: негодность средствъ или объекта? Такое же затрудненіе представитъ, напр., разрѣшеніе этого вопроса въ случаѣ дачи мышьяка въ дозѣ, оказавшейся недѣйствительною только потому, что жертва постоянно употребляла мышьякъ и т. д. Въ виду этого, весьма многіе криминалисты и даже новѣйшіе, какъ, напр., въ Германіи—Листъ, Г. Мейеръ ([2]), безусловно отождествляютъ оба ученія; но такая постановка вопроса, по моему мнѣнію, вызываетъ возраженія ([3]).

([1]) Литература та же, что и по предшествующему вопросу. Ср. мой курсъ, II, № 351 и сл.

([2]) См. обзоръ различныхъ мнѣній у Geib, Lehrbuch, II, стр. 307.

([3]) Такое отличіе защищаетъ Bar, Versuch, стр. 8—25.

Съ одной стороны, средства дѣйствія, за немногими исключительными случаями, не имѣютъ значенія для состава преступнаго дѣянія; напротивъ того, объектъ, его юридическія и физическія свойства, обусловливаетъ не только квалификацію дѣянія, но и самое его юридическое бытіе. Съ другой, негодность средствъ исключаетъ возможность самого довершенія задуманнаго, а негодность объекта можетъ устранять преступность содѣяннаго даже и въ томъ случаѣ, когда виновнымъ воспроизведенъ весь законный составъ преступнаго дѣянія. Въ силу этого обстоятельства, данное ученіе тѣсно соприкасается съ понятіемъ мнимаго преступнаго дѣянія, т. е. съ разобранными выше случаями посягательства на не существующую норму или на не существующее субъективное право.

Оба признака представляются настолько существенными, что примѣненіе приведенныхъ выше положеній относительно наказуемости покушенія съ негодными средствами къ разбираемому вопросу приведетъ къ практически несостоятельнымъ результатамъ. Такъ, признавая всѣ случаи покушенія на негодный объектъ наказуемыми (1), мы должны будемъ признать, напр., наказуемою попытку оскорбить въ печати какое либо не существующее общество, а признавая всѣ эти посягательства не наказуемыми, мы должны будемъ освободить отъ отвѣтственности вора, залѣзшаго въ карманъ, какъ скоро въ карманѣ не оказалось ни бумажника, ни какой либо иной вещи. Поэтому мы должны обратиться къ самостоятельному разсмотрѣнію случаевъ этого рода.

636. Простѣйшіе случаи даннаго рода представитъ посягательство на не существующій предметъ. Если объектъ посягательства не существуетъ физически, то очевидно, что и всякая попытка посягнуть на него будетъ мнимою: она заключаетъ въ себѣ голую

---

(1) Такую теорію защищаетъ Колоколовъ, стр. 232, основываясь на такомъ аргументѣ, «очевидно само собою, что негодность предмета, надъ которымъ выполнена преступная дѣятельность, отнюдь не лишаетъ насъ права признавать виновнаго *несомнѣнно способнымъ* на нарушеніе правового порядка и констатировать, такимъ образомъ, серьезную опасность, угрожающую отъ него обществу».

*

злую волю, но не имѣетъ свойствъ преступнаго дѣянія, тѣмъ болѣе, что въ большинствѣ случаевъ и самое покушеніе при подобныхъ условіяхъ бываетъ невозможно, по крайней мѣрѣ, въ тѣхъ дѣяніяхъ, которыя предполагаютъ непосредственное воздѣйствіе субъекта на объектъ. Поэтому, нельзя наказывать покушеніе на поджогъ не существующаго дома, на поддѣлку акцій не существующаго общества, попытку оклеветанія не существующаго лица и т. д.; къ этой же группѣ, по моему мнѣнію, слѣдуетъ отнести выстрѣлъ, съ цѣлью лишить жизни, въ оказавшагося мертвымъ, посягательство на вытравленіе плода у неберемениой женщины; такъ какъ въ первомъ случаѣ объектомъ является не тѣло человѣка, а жизнь, а во второмъ—не женщина, а зародышъ.

Но, какъ мы видѣли, право не всегда охраняетъ всякое конкретно существующее благо или интересъ; очень часто для такой охраны требуется, чтобы этотъ предметъ имѣлъ извѣстныя юридическія свойства, при наличности коихъ онъ только и становится правоохраненнымъ интересомъ; безъ этого условія, этотъ интересъ будетъ существовать физически, а не юридически, а потому и посягательство на него должно разсматриваться какъ покушеніе на не существующій объектъ. Если кто либо пытался украсть чужую вещь, а въ дѣйствительности посягнулъ на собственное имущество, то его попытка не можетъ считаться преступною (1).

Такимъ образомъ, покушеніе на объектъ, не существующій физически или юридически, будетъ мнимо преступнымъ, но могутъ ли быть случаи посягательства на существующій объектъ, который бы, однако, оказался негоднымъ для выполненія задуманнаго? Я полагаю, что отвѣтъ долженъ быть отрицательный.

Живой человѣкъ есть всегда годный объектъ убійства, были бы только выбраны надлежащія средства дѣйствія и посягательство было бы учинено; чужая вещь есть безусловно годный объектъ кражи или истребленія и т. д.

Когда господствующая доктрина говоритъ о различіи абсолютно и относительно негодныхъ объектовъ, признавая покушеніе

(1) Конечно, если условіе, отсутствовавшее въ объектѣ, вліяло не на преступность, а на наказуемость, на подсудность, на порядокъ преслѣдованія, то, разумѣется, покушеніе остается наказуемымъ, но только сообразно измѣняется мѣра отвѣтственности, порядокъ преслѣдованія и т. д.

надъ послѣдними наказуемымъ, то въ дѣйствительности всѣ примѣры абсолютной негодности относятся къ не существующимъ объектамъ, а относительной—къ недостаточности употребленныхъ средствъ.

Иначе, конечно, ставится вопросъ, когда, говоря о покушеніи на существующій объектъ, выдѣляютъ случаи посягательства на объектъ, находившійся не въ томъ мѣстѣ или положеніи, какъ предполагалъ виновный, если притомъ это обстоятельство было причиною неудачи задуманнаго. По моему мнѣнію, и въ этихъ случаяхъ нельзя говорить о годности или негодности объекта, который несомнѣнно годенъ, а нужно рѣшить другое положеніе: есть ли въ данномъ случаѣ общіе признаки покушенія или нѣтъ, а это, какъ было указано ранѣе, будетъ зависѣть отъ конкретной обстановки отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, отъ ихъ состава, отъ способа дѣйствія. На этомъ основаніи, нельзя говорить о покушеніи на изнасилованіе лица, находившагося въ моментъ дѣйствія въ другомъ городѣ или домѣ, потому что покушеніе въ этомъ случаѣ предполагаетъ начало физическаго насилія надъ жертвою, чего въ дѣйствительности не было; но лицо, стрѣлявшее въ комнату, гдѣ находилась жертва, однако не въ томъ направленіи, въ какомъ она стояла, или залѣзшее, ради кражи, въ сундукъ, въ коемъ предполагаемой вещи не оказалось, должно быть наказано за покушеніе.

637. Изъ новыхъ западно-европейскихъ кодексовъ ни одинъ не содержитъ по данному вопросу никакихъ особыхъ постановленій, предоставляя его разрѣшеніе судебной практикѣ, причемъ послѣдняя, такъ же какъ и доктрина, представляетъ полнѣйшее разногласіе.

Практика французская первоначально защищала начало полной безнаказанности всѣхъ случаевъ покушенія надъ негоднымъ объектомъ; но за послѣднее время французскій кассаціонный судъ допустилъ изъ этого начала исключенія. Такъ, въ рѣшеніи 4 Ноября 1876 г. кассаціонный судъ призналъ правильнымъ рѣшеніе Сенскаго суда, коимъ подсудимый, сдѣлавшій взломъ кружки для бѣдныхъ, но не похитившій ничего, такъ какъ кружка оказалась пустою, признанъ виновнымъ въ покушеніи на кражу со взломомъ; въ рѣшеніи 12 Апрѣля 1877 г. кассаціонный судъ касси-

ровалъ рѣшеніе суда въ Монпелье, не признавшаго наличности покушенія въ выстрѣлѣ, направленномъ въ постель, на коей должна была лежать жертва, случайно находившаяся въ этотъ моментъ въ сосѣдней комнатѣ (1).

Въ германской практикѣ этотъ вопросъ получилъ принципіальное разрѣшеніе въ рѣшеніяхъ Reichsgericht'а (2), состоявшихся подъ несомнѣннымъ вліяніемъ крайняго субъективнаго воззрѣнія, защищаемаго Бури. Такъ, въ рѣшеніи 10 Іюня 1880 г. судъ призналъ, что негодность или годность объекта не имѣетъ никакого вліянія на наказуемость, а потому дѣйствія матери, направленныя на лишеніе жизни ея только что рожденнаго ребенка, оказавшагося однако въ тотъ моментъ мертвымъ, подходитъ подъ понятіе покушенія, а въ рѣшеніи 30 Марта 1883 г. высшій судъ призналъ наказуемымъ покушеніемъ попытку женщины, ошибочно предполагавшей себя беременною, изгнать плодъ (3).

638. Въ нашемъ уложеніи не содержится также указаній по этому вопросу; но онъ былъ подробно разсмотрѣнъ нашимъ сенатомъ. Такъ, въ рѣшеніи по дѣлу Пономарева 1874 г., № 99, сенатъ высказалъ: если бы преступное намѣреніе подсудимаго было направлено противъ объекта мнимаго или такого, который не могъ быть вовсе предметомъ преступленія, то несомнѣнно, что дѣяніе подсудимаго вовсе бы не подлежало уголовному преслѣдованію. Законъ (ст. 10) признаетъ совершившимся преступленіе, когда въ самомъ дѣлѣ послѣдовало преднамѣренное виновнымъ или иное отъ его дѣйствій зло, а потому, если зло, вслѣдствіе несуществованія объекта преступленія или абсолютной негодности онаго, не могло вовсе послѣдовать (убійство уже мертваго чело-

(1) Ср. Blanche, Etudes, I, № 12. Новые французскіе криминалисты, какъ Garraud, Lainé, въ виду этой практики кассаціоннаго суда, пытаются провести различіе между покушеніями надъ абсолютно и относительно негодными объектами, допуская безнаказанность только при покушеніи перваго рода. Ср. въ особенности Lainé, № 172.

(2) До Reichsgericht'а практика высшихъ германскихъ судовъ по этому вопросу представлялась крайне разнообразною. Ср. Pezold, Praxis, стр. 21.

(3) Нельзя однако не прибавить, что эти рѣшенія вызвали протестъ многихъ выдающихся нѣмецкихъ криминалистовъ—Berner, H. Meyer, Liszt, Geyer.

вѣка, изгнаніе плода у женщины небеременной), то не можетъ быть наказуемости дѣянія, какъ совершившагося преступленія. Точно также въ такомъ дѣяніи нельзя видѣть и покушенія на преступленіе, которое есть приведеніе злаго умысла въ исполненіе: ибо не можетъ быть начала приведенія въ исполненіе того, что абсолютно невозможно исполнить. Такимъ образомъ, если бы виновный, желая изорвать свой вексель, изорвалъ простой клочекъ бумаги, то дѣяніе его не заключало бы ничего преступнаго. Въ рѣшеніи же по дѣлу Юханова, 1868 г., № 568, обвинявшагося во взломѣ замковъ на ригѣ, съ намѣреніемъ украсть находящійся тамъ хлѣбъ, причемъ намѣреніе виновнаго не осуществилось только потому, что въ ригѣ не оказалось хлѣба, сенатъ нашелъ, что дѣяніе виновнаго вполнѣ подходитъ подъ законное понятіе покушенія, а случайное отсутствіе той именно вещи, на которую было направлено преступленіе, не лишаетъ дѣйствія его преступнаго характера.

Принципы, высказанные въ этихъ рѣшеніяхъ, усвоены и проектомъ уголовнаго уложенія, который даетъ общее постановленіе, что не почитается преступнымъ дѣяніе, направленное на объектъ не существующій или негодный для учиненія умышленнаго виновнымъ преступнаго дѣянія.

639. *Окончаніе преступнаго дѣянія.* Вопросъ о томъ, когда считать преступное дѣяніе оконченнымъ, повидимому, не представляетъ особыхъ затрудненій. Норма, заключавшая въ себѣ приказъ или запретъ со стороны государства, содержитъ въ себѣ, какъ свое противоположеніе, опредѣленіе дѣянія, нарушающаго норму. Поэтому изъ опредѣленія понятія преступнаго дѣянія вытекаетъ и понятіе объ его окончаніи: оно окончено, какъ скоро нарушена норма въ ея реальномъ бытіи или, другими словами, когда причиненъ вредъ правоохраненному интересу, или этотъ интересъ поставленъ въ опасность.

Но въ современныхъ законодательствахъ, какъ мы знаемъ, дѣяніе, противополагающееся нормѣ, очерчивается въ его существенныхъ признакахъ самимъ же закономъ. Въ силу этого получается другое, такъ сказать, формальное опредѣленіе этого момента. Дѣяніе получаетъ значеніе оконченнаго преступнаго дѣянія, какъ

скоро воспроизведенъ весь требуемый закономъ его составъ, къ коему относятся какъ признаки, прямо указанные въ законѣ, такъ и подразумѣваемые, т. е. вытекающіе или изъ взаимнаго отношенія прямо указанныхъ признаковъ между собою, или изъ соотношенія даннаго дѣянія съ его родовымъ типомъ, или, наконецъ, изъ сопоставленія отдѣльныхъ видовъ даннаго рода между собою.

Конечно, такъ какъ на обязанности законодателя лежитъ точное выясненіе существа нормы и условій ея нарушенія, то формальное понятіе объ окончаніи должно бы совпадать съ матеріальнымъ; но такое предположеніе далеко не всегда оказывается вѣрнымъ. При этомъ такое несогласіе можетъ происходить или отъ несовершенства законодательной работы, или, еще чаще, отъ неопредѣленной постановки въ доктринѣ самого существа нарушаемой нормы, отъ сложности самой нормы, отъ историческихъ условій и т. д.

Понятно, что для судьи, какъ исполнителя закона, главное значеніе имѣетъ формальное опредѣленіе: онъ долженъ признать преступное дѣяніе оконченнымъ, какъ скоро виновный воспроизвелъ законный составъ; но тѣмъ не менѣе и для него установленіе матеріальнаго понятія окончанія представляется нерѣдко весьма существеннымъ, въ виду возможной неясности текста, необходимости разъяснять его не только грамматически, но и логически, не только по буквѣ закона, но и по его духу (¹).

Это матеріальное и формальное понятіе объ окончаніи преступнаго дѣянія одинаково относится какъ къ содѣянію, такъ и къ бездѣйствію, какъ къ умышленной дѣятельности, такъ и къ неосторожной. Но иногда понятіе окончанія берется въ болѣе узкомъ значеніи, какъ извѣстная стадія развитія во внѣ преступной воли, противополагаясь покушенію. Въ этомъ случаѣ, конечно, понятіе окончанія можетъ примѣняться только къ умышленнымъ преступнымъ дѣяніямъ, какъ это дѣлаетъ наше дѣйствующее уложеніе въ статьяхъ 6—10.

(¹) Ср. примѣры изъ нашей практики въ моемъ курсѣ, II, № 356; въ особенности практику сената по вопросу объ окончаніи разбоя и изгнанія плода.

640. Останавливаясь на этомъ болѣе узкомъ понятіи оконченнаго дѣянія, мы должны выяснить нѣкоторые его существенные моменты.

По отношенію къ субъективному моменту, понятіе окончанія требуетъ только осуществленія преступнаго намѣренія, а не цѣли, которая руководила виновнымъ (1). Это замѣчаніе сохраняетъ свою силу и по отношенію къ тѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, въ составъ коихъ законъ вводитъ извѣстную спеціальную цѣль, такъ какъ и тогда преступность дѣянія обусловливается только наличностью цѣли, а не ея осуществленіемъ, буде, конечно, въ составъ дѣянія не введено именно достиженіе цѣли. Такъ, если законъ назначаетъ особое наказаніе за повреждение желѣзной дороги съ цѣлью причинить крушеніе поѣзда, только въ томъ случаи, когда отъ сего крушеніе дѣйствительно послѣдовало, то, конечно, преступное дѣяніе будетъ окончено, когда осуществлена преступная цѣль—крушеніе поѣзда.

Точно также понятіе окончанія не обусловливается осуществленіемъ преступнаго плана. Съ одной стороны, заранѣе составленный планъ дѣйствія можетъ быть шире того, что предполагается составомъ даннаго преступнаго дѣянія, такъ что его полное осуществленіе не имѣетъ значенія: если виновный задумалъ убить кого либо и трупъ бросить въ воду, то убійство считается оконченнымъ, хотя бы трупъ и не былъ брошенъ. Съ другой стороны, отступленія отъ задуманнаго плана дѣйствія, наступившія по волѣ самого дѣйствующаго или независимо отъ его воли, если только въ силу этого не прерывается причинная связь наступившаго результата съ дѣйствіями виновнаго, не устраняютъ вмѣненія учиненнаго въ умышленную вину и, слѣдовательно, не устраняютъ признанія дѣянія оконченнымъ.

---

(1) Поэтому внесеніе въ опредѣленіе окончанія условія достиженія цѣли представляется невѣрнымъ. Такъ, проф. Спасовичъ, стр. 132, говоритъ: «совершеніе преступленія будетъ тогда, когда преступникъ произвелъ въ мірѣ внѣшнемъ ту перемѣну, которая составляла цѣль его дѣянія». Но, однако, убійство съ корыстною цѣлью считается совершившимся, какъ скоро жертва убита, хотя бы виновный и не успѣлъ взять что либо съ убитаго; если же понимать подъ цѣлью ближайшую непосредственную цѣль, то и тогда это опредѣленіе будетъ невѣрно: если изнасилователь бросаетъ на полъ свою жертву, то ближайшая его цѣль, конечно, уронить данное лицо на полъ, но съ достиженіемъ этой цѣли изнасилованіе не можетъ считаться оконченнымъ.

Въ частности преступное дѣяніе считается оконченнымъ, хотя виновный воспроизвелъ только часть предположеннаго вреда, если, конечно, этотъ вредъ дѣлимъ и осуществленіе части его даетъ полный составъ преступнаго дѣянія. Такимъ образомъ, если воръ хотѣлъ похитить вещей на 10.000 рублей, а похитилъ только на 200 р., то его дѣяніе будетъ оконченною кражею на сумму менѣе 300 р., а не покушеніемъ на кражу на сумму свыше 300 р.

641. Дѣйствующее уложеніе въ ст. 10 опредѣляетъ это понятіе такимъ образомъ: «преступленіе почитается совершившимся, когда въ самомъ дѣлѣ послѣдовало преднамѣренное виновнымъ или иное отъ его дѣйствій зло» (1).

Но эта редакція возбуждаетъ значительныя недоразумѣнія, въ особенности въ виду того, что для окончанія по тексту закона безразлично, послѣдовало ли зло преднамѣренное или же иное.

Если понимать буквально текстъ закона, то мы придемъ къ выводамъ совершенно абсурднымъ: нѣкто задумалъ совершить кражу, но, выполняя задуманное, по неосторожности поджегъ мебель и, испугавшись, бѣжалъ, не окончивъ предположеннаго похищенія; зло, хотя и иное, отъ его дѣйствій послѣдовало; слѣдовательно, онъ виновенъ въ оконченной кражѣ,—выводъ, несостоятельность коего не требуетъ доказательствъ. Очевидно, что необходимо допустить ограничительное толкованіе текста.

Я полагалъ бы, имѣя въ виду общій смыслъ постановленій объ умыслѣ, что по нашему закону преступленіе считается совершившимся: во 1-хъ, когда задуманное вполнѣ выполнено; во 2-хъ, когда выполненное, хотя и не соотвѣтствуетъ вполнѣ преднамѣренному, но заключаетъ въ себѣ, тѣмъ не менѣе, полный составъ умышленнаго преступнаго дѣянія, какъ, напр., при ошибкѣ въ объектѣ и, въ особенности, въ случаѣ непрямаго умысла (2).

---

(1) По проекту уложенія опредѣленіе было иное: «преступленіе признается совершившимся лишь тогда, когда учиненное виновнымъ дѣяніе имѣетъ всѣ свойства, то преступленіе составляющія». Настоящую редакцію ст. 10 получила въ коммисіи государственнаго совѣта, причемъ коммисія, какъ видно изъ меморіи ея засѣданій, разсматривала это измѣненіе, какъ редакціонное.

(2) Такое же разъясненіе даетъ Н. Неклюдовъ, приложенія къ переводу учебника Бернера, стр. 498; А. Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 33 и сл., говоритъ, что выраженіемъ «иное зло» законъ хотѣлъ распространить ст. 10 и на неосторожныя

Редакціонная коммисія, по примѣру западныхъ законодательствъ, отказалась отъ всякаго опредѣленія окончанія преступнаго дѣянія въ томъ соображеніи, какъ сказано въ объяснительной запискѣ, что по отношенію къ этому понятію всякое обобщеніе, данное въ законѣ, не имѣя никакого практическаго значенія, можетъ привести только къ невѣрнымъ выводамъ.

642. *Совпаденіе различныхъ степеней осуществленія воли.* Въ ученіи о виновности мною были разсмотрѣны нѣкоторые случаи совпаденія въ одномъ преступномъ дѣйствіи различныхъ видовъ вины; совершенно аналогичные и весьма разнообразные случаи возможны и относительно внѣшней стороны, и нѣкоторые изъ нихъ представляютъ несомнѣнное практическое значеніе.

Во 1-хъ, каждое изъ совпадающихъ преступныхъ дѣяній можетъ имѣть совершенно самостоятельный характеръ какъ съ внутренней, такъ и съ внѣшней стороны, такъ что они соединяются только во времени, какъ, напр., изнасилованіе и покушеніе на убійство изнасилованной, учиненное въ видахъ сокрытія перваго преступленія и т. д.; въ этихъ случаяхъ примѣняются, конечно, общія правила о совокупности.

Во 2-хъ, оба дѣянія представляютъ осуществленіе одного преступнаго умысла и раздѣльность зависитъ отъ того, что дѣяніе было выполнено не надъ предполагаемымъ объектомъ; случаи этого рода были мною разобраны въ ученіи объ aberratio ictus и error in objecto.

Въ 3-хъ, задуманное выполнено надъ предположеннымъ объектомъ, но самая дѣятельность, оставаясь въ непосредственной связи съ предполагаемою, измѣнилась; когда виновный, предполагая, напр., задуманное оконченнымъ, предпринялъ, въ связи съ этою дѣятельностью, новую, посредствомъ которой въ дѣйствительности было достигнуто задуманное; эти случаи также разобраны выше, въ ученіи о dolus generalis.

Наконецъ, въ 4-хъ, задуманное выполнено надъ предполагае-

дѣянія; то же повторяетъ и Орловъ, стр. 21; но такое толкованіе противорѣчитъ статьѣ 6-й. В. Спасовичъ замѣчаетъ, что это выраженіе лишнее и только затемняетъ смыслъ понятія.

мымъ объектомъ такъ, какъ предполагалъ виновный, но самая дѣятельность, съ точки зрѣнія уголовнаго права, представляется осложненною и притомъ въ трехъ видахъ: а) предположенное осуществилось, а дѣйствіе, служившее для его осуществленія, составляетъ самостоятельное преступное дѣяніе; б) предположенное не осуществилось, а совершенное, составляя самостоятельное преступное дѣяніе, является покушеніемъ на предположенное; в) при тѣхъ же условіяхъ учиненное составляетъ только приготовленіе къ предположенному. Оба послѣдніе случая нѣмецкая доктрина называетъ технически квалифицированнымъ покушеніемъ. Разрѣшеніе случаевъ этого рода допускаетъ, въ свою очередь, нѣсколько комбинацій.

Прежде всего предположимъ, что совершенное составляетъ необходимый элементъ предположеннаго, какъ, напр., насиліе при изнасилованіи, взломъ при кражѣ; въ этихъ случаяхъ совершенное или осуществляемое поглощаетъ служебное дѣяніе и задумавшій учинить кражу со взломомъ, пойманный въ моментъ взлома сундука, будетъ отвѣчать за покушеніе на кражу со взломомъ, а не за повреждение; если же кража была имъ окончена, то только—за кражу со взломомъ, а не за совокупность кражи и взлома.

При этой комбинаціи, служебное дѣяніе можетъ получить самостоятельное значеніе только при двухъ условіяхъ: во 1-хъ, когда покушеніе или приготовленіе къ тому дѣянію, для коего оно должно было служить, не наказуемо, и во 2-хъ, когда наказуемость этого служебнаго дѣянія выше, чѣмъ наказуемость покушенія или приготовленія на то дѣяніе, ради коего оно учинено. Такимъ образомъ, тотъ, кто пріобрѣлъ и носитъ при себѣ запрещенное оружіе, приготовляясь къ убійству, отвѣчаетъ только по ст. 1454 уложенія, а тотъ, кто дѣлалъ это, приготовляясь къ разбою, наказывается по ст. 117 уст. о наказаніяхъ.

Самый же вопросъ о томъ, составляетъ ли данное дѣяніе служебную дѣятельность для другаго главнаго преступленія, опредѣляется или на основаніи самой юридической природы этого дѣянія, или на основаніи прямыхъ указаній закона; такое выясненіе представляетъ одну изъ существенныхъ задачъ уголовнаго суда при опредѣленіи условій и объема отвѣтственности.

Другая возможная комбинація будетъ та, когда самостоятельное

преступное дѣяніе, получившее служебный характеръ по отношенію къ позднѣйшей преступной дѣятельности, ни по существу этого главнаго преступленія, ни по законной его обрисовкѣ, не составляетъ необходимаго элемента задуманнаго; когда, напр., лицо, укравшее пистолетъ или кинжалъ, затѣмъ совершило, при помощи украденнаго орудія, убійство. Я полагаю, что при такой комбинаціи первоначальное дѣйствіе ни въ какомъ случаѣ не утрачиваетъ своего самостоятельнаго характера и виновный отвѣчаетъ по правиламъ о совокупности, даже если уже въ моментъ первоначальнаго дѣйствія онъ имѣлъ въ виду позднѣйшую преступную дѣятельность.

Наше дѣйствующее уложеніе содержитъ по этому вопросу особое постановленіе (ст. 116): кто при покушеніи на какое либо преступленіе учинитъ другое, тотъ наказывается по правиламъ о совокупности преступленій, кромѣ лишь тѣхъ особенныхъ случаевъ, когда въ законѣ за сіе опредѣляется строжайшее наказаніе.

Проектъ уголовнаго уложенія, по примѣру всѣхъ новыхъ кодексовъ, не содержитъ объ этомъ никакого постановленія, предоставляя рѣшеніе его доктринѣ и судебной практикѣ.

III.

Соучастіе.

643. Соучастіе, какъ техническое понятіе.

644. Отличіе соучастія отъ другихъ видовъ стеченія преступниковъ.

645. Понятіе о соучастіи по нашему праву.

646. Субъективный элементъ соучастія. Неосторожное соучастіе.

647. Соглашеніе, какъ признакъ соучастія.

648. Виды соучастія.

649. Соучастіе безъ предварительнаго соглашенія.

650. Соучастіе по предварительному соглашенію.

651. Шайка.

643. Простѣйшею формою преступнаго дѣянія является учиненіе его однимъ лицомъ, дѣйствующимъ непосредственно органами своего тѣла или посредствомъ внѣ его находящихся предметовъ внѣшняго міра, одушевленныхъ и неодушевленныхъ, дѣятельность коихъ или совпадаетъ съ тѣлесною дѣятельностью виновнаго или присоединяется къ ней, причемъ отношенія, въ которыхъ могутъ находиться дѣйствія человѣка къ этимъ силамъ, представляются различными.

Но не всегда учиненное подходитъ подъ этотъ простѣйшій типъ; мною были также указаны и тѣ случаи, когда

такою присоединяющеюся силою являются дѣйствія другихъ лицъ, такъ что учиненное оказывается результатомъ совмѣстной дѣятельности нѣсколькихъ лицъ, причемъ спеціальнымъ видомъ такого совпаденія, пока не разсмотрѣннымъ мною, является такъ называемое соучастіе (1).

Приступая къ анализу этого сложнаго и труднаго ученія, мы встрѣчаемся, прежде всего, съ вопросомъ: да есть ли основанія для выдѣленія соучастія изъ родоваго типа, не тождественно ли это понятіе съ общимъ понятіемъ стеченія нѣсколькихъ лицъ въ одномъ дѣяніи? Вопросъ этотъ представляется весьма важнымъ, такъ какъ, по моему мнѣнію, смѣшеніемъ этихъ двухъ понятій объясняется то, до извѣстной степени, хаотическое состояніе, въ которомъ мы застаемъ и нынѣ это ученіе въ доктринѣ, въ особенности нѣмецкой (2).

Я, съ своей стороны, считаю соучастіе особымъ и, притомъ, спеціально техническимъ понятіемъ уголовнаго права, которое отчасти у́же, а отчасти шире понятія совмѣстной дѣятельности нѣсколькихъ лицъ, такъ какъ, съ одной стороны, мы, напр., по всѣмъ современнымъ законодательствамъ, не признаемъ соучастіемъ совмѣстную дѣятельность двухъ лицъ, изъ коихъ одно было не дѣеспособно, а съ другой, признаемъ соучастіе и тамъ, гдѣ одно лицо вложилось физически въ учиненное, а другое только ограничилось совѣтами, указаніями и т. п., т. е. содѣйствіемъ интеллектуальнымъ.

---

(1) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, III, № 416, пр. 1. Изъ отдѣльныхъ монографій можно указать: А. Жиряевъ, о стеченіи нѣсколькихъ преступниковъ при одномъ и томъ же преступленіи, 1850 г.; Колоколовъ, о соучастіи въ преступленіи, 1881 г.; Berner, die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, 1847 г.; W. Langenbeck, die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, 1868 г.; Buri, zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und Begünstigung, 1860 г.; T. Schütze, die nothwendige Theilnahme am Verbrechen, 1869 г.

(2) Такъ, Schütze въ своей монографіи (стр. 207) замѣчаетъ безцеремонно, что доктрина о соучастіи представляетъ такую авгіеву конюшню, на очистку которой потребуется цѣлое столѣтіе. Проф. Жиряевъ (стр. 6) приходитъ къ такому грустному выводу, что окончательное рѣшеніе вопроса, особенно въ наукѣ, ему кажется невозможнымъ. Нельзя не замѣтить, что самъ проф. Жиряевъ, какъ свидѣтельствуетъ и названіе его труда, не отдѣлялъ соучастія отъ стеченія нѣсколькихъ лицъ въ одномъ дѣяніи и тѣмъ содѣйствовалъ путаницѣ понятій.

644. Придавая техническое значеніе понятію соучастія, мы должны указать на основные признаки, его характеризующіе.

Прежде всего, необходимо отличать совпаденіе въ одномъ уголовномъ дѣлѣ, отъ совпаденія въ преступномъ дѣяніи; соучастіе, такъ сказать, процессуальное отъ соучастія матеріальнаго: общая судимость отнюдь не можетъ считаться характеристическимъ признакомъ соучастія (1).

Конечно, правильное отправленіе правосудія требуетъ, чтобы всякое уголовное дѣло, разсматриваемое судомъ уголовнымъ, представлялось на судъ во всей его полнотѣ; слѣдовательно, въ тѣхъ случаяхъ, когда преступное дѣяніе было учинено нѣсколькими лицами, предварительное и судебное слѣдствія должны быть направлены противъ всѣхъ подсудимыхъ, такъ какъ, при неисполненіи этого условія, одинаково пострадаютъ и обвиненіе и защита. Но всѣ процессуальные законы, въ томъ числѣ и нашъ уставъ уголовнаго судопроизводства, признавая всю важность этого положенія, допускаютъ, въ то же время, и исключенія изъ него: такъ, напр., разбирательство уголовнаго дѣла не останавливается, хотя бы нѣкоторые изъ соучастниковъ не были еще извѣстны и розысканы, а равно и въ томъ случаѣ, когда производство относительно ихъ почему либо было пріостановлено и даже прекращено. Съ другой стороны, общая подсудность можетъ существовать по нашему процессу и для лицъ, не имѣющихъ между собою никакого пункта единенія, напр., для лицъ, бывшихъ, каждое порознь, соучастниками въ двухъ совершенно отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ одного лица.

И такъ, общая подсудность ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть признакомъ соучастія: между соучастниками должно существовать болѣе прочное единеніе — общая дѣятельность.

Но дѣятельность, хотя бы и вредоносная, имѣетъ значеніе въ уголовномъ правѣ только въ томъ случаѣ, когда въ ней проявляется виновность; очевидно, что это положеніе сохраняетъ свое значеніе и относительно дѣятельности нѣсколькихъ лицъ. Отсюда является первое ограниченіе понятія соучастія: оно ограничивается стеченіемъ въ одномъ преступномъ дѣяніи нѣсколькихъ

(1) Противное мнѣніе защищаетъ Жиряевъ, стр. 15.

преступниковъ. Если кто либо подстрекнулъ ребенка или завѣдомо умалишеннаго, то при этихъ условіяхъ нѣтъ соучастія, а существуетъ одновиновничество человѣка, совершившаго преступное дѣяніе посредствомъ недѣеспособнаго лица, какъ своего орудія (1).

Далѣе, случаи совпаденія нѣсколькихъ преступниковъ, въ свою очередь, при ближайшемъ ихъ разсмотрѣніи, представляютъ существенно различныя группы.

Преступная дѣятельность, какъ въ ея конкретной формѣ, такъ и въ законной обрисовкѣ, можетъ быть не только простая, но и сложная, состоящая изъ ряда дѣйствій, отдѣльныхъ другъ отъ друга по времени и по ихъ характеристикѣ; поэтому понятно, что соучастниками могутъ быть лица, не соприкасающіяся въ ихъ физической дѣятельности: лицо, сегодня сломавшее замокъ или отравившее дворовую собаку, можетъ быть соучастникомъ другаго лица, завтра совершившаго въ этомъ домѣ кражу. Но, съ другой стороны, мы не можемъ отождествить соучастіе съ понятіемъ принадлежности къ партіи, къ фракціи, хотя бы таковая признавалась, по соображеніямъ религіознымъ или политическимъ, преступною и лица, раздѣляющія убѣжденія и вѣрованія этой партіи, заявившія чѣмъ либо о своей принадлежности къ оной, признавались равно отвѣтственными: такъ, лица, принадлежащія къ скопческой или иной ереси, соединенной съ изувѣрствомъ или иными противонравственными гнусными дѣйствіями (ст. 203 улож.), могутъ быть совмѣстно привлечены къ уголовной отвѣтственности,—но они не будутъ соучастниками. Точно также несомнѣнная принадлежность по убѣжденіямъ къ партіи республиканской или конституціонной не тождественна съ понятіемъ участія въ сообществѣ, составившемся съ цѣлью, напр., ниспровергнуть существующій у насъ самодержавный образъ правленія: для доказательства принадлежности къ партіи достаточно доказательства совпаденія съ другими въ идеяхъ, стремленіяхъ, вѣрованіяхъ; для доказательства принадлежности къ сообществу необходимо участіе въ общей дѣятельности (2).

---

(1) Вѣрныя замѣчанія у Листа, стр. 200.

(2) Ср. мой курсъ, III, № 419; положеніе, указанное въ текстѣ, конечно, измѣнится, если въ программу партіи входитъ опредѣленная преступная дѣятельность: тогда вступленіе въ партію можетъ быть иногда признано равносильнымъ со вступленіемъ въ сообщество для учиненія опредѣленнаго преступнаго дѣянія.

Далѣе, въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣсколько лицъ преступно вложились въ извѣстное событіе, мы можемъ различать два оттѣнка: или эти лица дѣйствуютъ на столько независимо и самостоятельно, что каждое отвѣчаетъ только за то, что оно учинило, или, наоборотъ, на каждаго изъ нихъ ложится отвѣтственность за все учиненное. Можемъ ли мы распространить понятіе соучастія на оба вида совпаденія преступниковъ?

Если кто либо нанесъ другому рану, а на другой день раненаго задушило иное лицо, дѣйствовавшее совершенно независимо отъ перваго, то хотя бы и оказалось, что возможность задушенія обусловливалась пораненіемъ, обезсилившимъ жертву, каждое изъ этихъ лицъ отвѣчаетъ только за то, что оно сдѣлало, и ихъ мы не можемъ назвать соучастниками; то же признаемъ мы и относительно лицъ, одновременно, но совершенно независимо другъ отъ друга, поджегшихъ домъ съ разныхъ концовъ: ихъ виновность сопредѣльна, но не едина. При этомъ, безразлично, будутъ ли, по разнымъ соображеніямъ процессуальнымъ, эти лица судиться совмѣстно, или нѣтъ. Анализъ такого совпаденія виновниковъ, конечно, входитъ въ область изученія внѣшнихъ условій преступнаго дѣянія, какъ это и было сдѣлано выше, въ ученіи о причинной связи, но оно должно быть отдѣляемо отъ соучастія (¹).

Такимъ образомъ, по моему мнѣнію, къ соучастію могутъ быть относимы только тѣ совершенно своеобразные случаи стеченія преступниковъ, гдѣ является солидарная отвѣтственность всѣхъ за каждаго и каждаго за всѣхъ: только при этомъ условіи, ученіе о соучастіи получаетъ значеніе самостоятельнаго института.

(¹) Г. Колоколовъ, стр. 42 и сл., наоборотъ, всѣ эти случаи относитъ къ соучастію, опредѣляя послѣднее (стр. 50), какъ такое отношеніе нѣсколькихъ лицъ къ единичному результату, при которомъ каждое изъ нихъ виновнымъ образомъ обусловливаетъ результатъ посредствомъ извѣстнаго положительнаго дѣйствія. Но такъ какъ авторъ отрицаетъ начало солидарной отвѣтственности соучастниковъ и общность ихъ вины, а признаетъ индивидуальную отвѣтственность каждаго, то этимъ его положеніемъ, собственно говоря, зачеркивается все ученіе о соучастіи, какъ самостоятельномъ типѣ виновности. Практическая непригодность такого построенія соучастія и признанія индивидуальной отвѣтственности соучастниковъ совершенно очевидна, напр., по отношенію къ пособникамъ, или къ сообщникамъ, роль которыхъ ограничилась только пребываніемъ на мѣстѣ учиненія преступнаго дѣянія и т. д.

Солидарность отвѣтственности предполагаетъ, съ одной стороны, что каждый соучастникъ стоитъ объективно въ извѣстномъ причинномъ отношеніи къ событію, является одною изъ силъ, въ него вкладывающихся, почему и самое соучастіе должно быть разсматриваемо въ прямомъ соотношеніи съ ученіемъ о причинной связи; а съ другой, что каждый соучастникъ является не только индивидуально виновнымъ, но и общникомъ въ виновности другихъ лицъ; эта общность вины не только опредѣляетъ условія отвѣтственности за соучастіе, но и придаетъ соучастію, какъ мы увидимъ далѣе, своеобразную внѣшнюю конструкцію.

Общность вины вовсе не зависитъ отъ той роли, которую играетъ данное лицо въ дѣятельности другихъ; она только предполагаетъ примкнутіе къ винѣ другихъ и внѣшнимъ признакомъ таковаго примкнутія является соглашеніе, въ его нѣсколько своеобразномъ юридическомъ значеніи.

645. Этотъ ограничительный взглядъ на соучастіе проводитъ наше дѣйствующее уложеніе, какъ это видно, прежде всего, изъ характеристики отдѣльныхъ типовъ соучастниковъ въ ст. 12 и 13 улож., а затѣмъ изъ многихъ постановленій особенной части, въ коихъ всегда законъ говоритъ объ уговорѣ, какъ признакѣ соучастія.

Такое воззрѣніе на существо соучастія усвоено и практикою нашего сената. Такъ, въ прекрасно мотивированномъ рѣшеніи по дѣлу Талтыкова ($^{70}/_{367}$) сенатъ высказалъ, что, по общимъ правиламъ о соучастіи, когда преступленіе учинено совокупными силами нѣсколькихъ лицъ, то на каждое изъ нихъ, какъ бы ни была незначительна степень его содѣйствія своимъ товарищамъ, падаетъ цѣлое преступное дѣяніе въ полномъ его объемѣ: внѣшняя сторона преступленія, всѣмъ имъ общая и для каждаго изъ нихъ одинаковая, не можетъ быть дѣлима на доли, а потому всѣ они подходятъ подъ одинъ и тотъ же уголовный законъ, причемъ, эти положенія, по указанію сената, примѣняются ко всѣмъ видамъ соучастія. На этомъ основаніи сенатъ, далѣе, высказалъ, что признаніе присяжными подсудимыхъ соучастниками и признаніе, въ то же время, внѣшней стороны ихъ дѣятельности столь различною, что въ результатѣ они оказываются участниками совершенно раз-

личныхъ преступленій, составляетъ существенное противорѣчіе, лишающее приговоръ законной силы.

Еще опредѣленнѣе выраженъ этотъ взглядъ въ проектѣ, который называетъ соучастниками только лицъ, дѣйствовавшихъ завѣдомо сообща, или согласившихся на учиненіе преступнаго дѣянія.

646. Изъ этого понятія общности вины, какъ признака соучастія, вытекаетъ, что каждый изъ вложившихся долженъ удовлетворять двоякимъ условіямъ: онъ долженъ быть виновникомъ и совиновникомъ.

На этомъ основаніи, не можетъ быть и рѣчи о признаніи соучастникомъ лица недѣеспособнаго, или хотя и дѣеспособнаго, но дѣйствовавшаго при условіяхъ, исключающихъ вмѣненіе, подъ вліяніемъ физическаго принужденія или случайно. Но распространяется ли такое положеніе и на лицъ, дѣйствовавшихъ по неосторожности?

Несомнѣнно, что такое лицо можетъ быть виновникомъ, но оно не можетъ быть общникомъ въ винѣ другихъ, не можетъ нести отвѣтственности за совмѣстное дѣйствіе другихъ ([1]).

([1]) Въ литературѣ, впрочемъ, встрѣчаются и защитники противоположнаго взгляда; такъ, изъ старо-нѣмецкихъ писателей такой взглядъ защищали: Hepp, Luden, а изъ новыхъ Wächter, Buri, Liszt, Schütze, Hälschner, §§ 177 и 178; но Гельшнеръ, защищая возможность неосторожнаго содѣйствія (Mitwirkung), прибавляетъ, что во всякомъ случаѣ оно не подходитъ подъ постановленія о соучастіи германскаго кодекса, что здѣсь нѣтъ Theilnahme, въ тѣсномъ смыслѣ. H. Meyer (стр. 276) признаетъ такое соучастіе мыслимымъ теоретически, но невозможнымъ съ точки зрѣнія закона. Практика нѣмецкая и комментаторы безусловно не допускаютъ соучастія неосторожнаго. Изъ нашихъ криминалистовъ за возможность такого соучастія высказываются: Колоколовъ, стр. 50, 118 и Сергѣевскій, ученіе о причинной связи, стр. 79, пр. 2; пособія, стр. 372 и въ особенности, стр. 379. Профессоръ Сергѣевскій находитъ, что этотъ вопросъ не есть схоластическій, а имѣетъ несомнѣнное практическое значеніе, что за непризнаніемъ неосторожнаго соучастія останется безнаказаннымъ рядъ случаевъ. Далѣе, излагая постановку этого вопроса въ доктринѣ, авторъ находитъ, что съ развитіемъ ученія о причинной связи, снова получаетъ признаніе нѣкогда господствовавшая въ нѣмецкой доктринѣ теорія о неосторожномъ соучастіи, и заканчиваетъ свой обзоръ замѣчаніемъ Schütze, что противоположная доктрина представляетъ «den ebenso kahlen, wie kalten Satz». При этомъ нельзя не прибавить, что ни

При этомъ такое начало одинаково примѣнимо какъ къ неосторожному участію въ умышленномъ дѣйствіи другаго, такъ и къ умышленному участію въ неосторожномъ дѣйствіи другаго, а равно, наконецъ, и къ случаямъ совмѣстнаго учиненія неосторожности.

Наиболѣе очевидна правильность такой постановки въ случаяхъ перваго рода: кто нибудь по небрежности оставилъ на столѣ стклянку съ ядомъ, другое лицо воспользовалось этимъ ядомъ для чьего либо отравленія; можемъ ли мы признать перваго неосторожнымъ пособникомъ отравленія и какое наказаніе мы ему назначимъ? Умышленное дѣйствіе привходящаго лица устранило всякую причинную связь неосторожности перваго и смерти, а потому не можетъ быть и рѣчи о его наказуемости.

Возьмемъ второй случай: кто либо умышленно уговорилъ близорукаго стрѣлять въ лежащаго подъ кустомъ человѣка, увѣривъ

въ «ученіи о причинной связи», ни въ «пособіяхъ», авторъ не даетъ точныхъ указаній о томъ, имѣетъ ли онъ въ виду только участіе въ неосторожныхъ преступныхъ дѣяніяхъ или и неосторожное участіе въ умышленномъ дѣяніи. Повидимому (Пособія, стр. 377), онъ склоняется къ послѣднему положенію; но такой взглядъ приведетъ къ практически столь невозможнымъ выводамъ, что на нихъ едва ли бы согласился авторъ (Колоколовъ, впрочемъ стр. 118, признаетъ правильность всѣхъ этихъ выводовъ): нельзя же въ самомъ дѣлѣ аптекаря, забывшаго запереть шкафъ съ ядами, приговорить къ каторгѣ, какъ необходимаго неосторожнаго пособника умышленнаго убійства. Если же ограничиться только признаніемъ возможности соучастія въ неосторожныхъ дѣяніяхъ, то это ученіе будетъ отчасти не послѣдовательно, отчасти не нужно: почему я не могу быть неосторожнымъ подстрекателемъ или пособникомъ къ умышленному дѣянію и могу быть таковымъ къ неосторожному? По отношенію же къ непосредственно виновнымъ, коихъ неосторожная дѣятельность была причиною вреда, это положеніе излишне, такъ какъ индивидуальная отвѣтственность каждаго изъ нихъ опредѣлится по общимъ началамъ ученія о причинной связи. Ср. даже H. Meyer, стр. 285, а также любопытныя рѣшенія Reichsgericht'а отъ 5 Дек. 1883 г. (Ent. X, № 4). Не могу не замѣтить, что у г. Сергѣевскаго эта постановка вопроса представляетъ еще ту своеобразность, что онъ на неосторожныя дѣянія, какъ это было указано выше, смотритъ какъ на дѣйствія умышленныя и опасныя, такъ что самое понятіе соучастія въ неосторожности представляется фиктивнымъ. Я, съ своей стороны, также считаю настоящій вопросъ практически важнымъ, но только совершенно съ иной стороны: я полагаю, что эта попытка воскресить отжившее ученіе, вмѣстѣ съ внесеннымъ въ германскій кодексъ различіемъ совиновничества и соучастія, такъ облюбованнымъ новою нѣмецкою доктриною,—снова грозятъ сдѣлать теоретическія изслѣдованія о соучастіи непригодными ни для законодательства, ни для практики.

его, что это заяцъ; признаемъ ли мы подговорившаго участникомъ неосторожнаго убійства? Конечно, нѣтъ. Мы привлечемъ къ отвѣтственности стрѣлявшаго за неосторожность, а уговорившаго— за умыселъ, т. е. не признаемъ между ними общей виновности.

Остается третій случай—совмѣстное причиненіе вреда по неосторожности. Представимъ себѣ, что произошло крушеніе желѣзнодорожнаго поѣзда, причемъ выяснилось, что причина его заключалась въ томъ, что рабочіе, поправлявшіе путь, уходя на отдыхъ, оставили на немъ, по явной неосторожности, старые рельсы, инструменты, а вновь опредѣленный сторожъ, который наблюдалъ за путемъ, хотя и замѣтилъ опасность, грозившую поѣзду, но, благодаря своей неопытности или глупости, не съумѣлъ выставить предостерегательнаго знака; мы привлечемъ къ отвѣтственности рабочихъ, виновныхъ въ загроможденіи пути, сторожа, не выставившаго надлежащаго знака, и, можетъ быть, даже лицо, опредѣлившее на службу завѣдомо неспособнаго сторожа, но можемъ ли мы признать всѣхъ этихъ лицъ и по закону, и по существу дѣла, соучастниками? Виновность каждаго, несмотря на общую ихъ судимость и отвѣтственность, сохраняетъ свой индивидуальный характеръ: индивидуально обсуждается не только размѣръ неосторожности, проявленной каждымъ виновнымъ, но и самое ея бытіе; связь между ними имѣетъ чисто объективный характеръ (1).

647. Слѣдовательно, общность вины предполагаетъ наличность умысла у каждаго, вкладывающагося въ дѣяніе. Приэтомъ такимъ субъективно связующимъ условіемъ является главный элементъ умысла—намѣреніе; что же касается другихъ элементовъ умысла: цѣли, плана, то за исключеніемъ тѣхъ дѣяній, въ законный составъ коихъ входитъ прямое указаніе на бытіе опредѣленной цѣли или плана, единство этихъ элементовъ не представляется существеннымъ. Двое участвовавшихъ въ убійствѣ останутся

(1) На этихъ случаяхъ преимущественно останавливается Гельшнеръ, а также и Liszt, который называетъ эти случаи Nebenthäterschaft, въ противоположность Mitthäterschaft. Hepp., Beitrag zur Lehre von der Theilnahme, въ архивѣ за 1846 г., стр. 338 и сл., различаетъ даже въ этихъ случаяхъ подстрекательство, пособничество и физическое виновничество.

соучастниками, хотя бы одинъ дѣйствовалъ изъ личной мести, а другой изъ корысти, хотя бы одинъ душилъ жертву, а другой ударилъ ее ножемъ.

Самое объединеніе въ виновности, умышленное примкнутіе къ общей дѣятельности можетъ состояться или путемъ переговоровъ, взаимнаго воздѣйствія, прямаго соглашенія, и притомъ какъ во время самаго дѣйствованія, такъ и во время предшествовавшее; или же эта общность можетъ быть выражена такою дѣятельностью, которая служила бы нагляднымъ доказательствомъ соглашенія, какъ для другихъ соучастниковъ, такъ и для суда, въ силу этого, мы можемъ себѣ представить и такъ называемое одностороннее соглашеніе, какъ условіе соучастія. Такимъ образомъ, подстрекнутый можетъ молча выслушать подговоръ, не дать никакого отвѣта, или даже высказать сомнѣніе о возможности или необходимости выполненія предложеннаго, и тѣмъ не менѣе потомъ, выполненіемъ того къ чему подговаривали, доказать, что сѣмя упало на добрую почву, что подговоръ подѣйствовалъ; точно также пособникомъ можетъ быть признанъ и тотъ, кто, зная, что другое лицо рѣшилось совершить убійство, не говоря однако ему ни слова, доставляетъ орудіе убійства; при этомъ, даже можемъ себѣ представить, что исполнитель, въ моментъ учиненія преступленія, и не зналъ, кто и какимъ образомъ доставилъ ему это орудіе.

По объему своему, соглашеніе въ вышеуказанномъ смыслѣ можетъ относиться или ко всему дѣянію, или только къ какой либо его части; послѣднее въ особенности возможно, когда самое преступное дѣяніе представлялось сложнымъ.

648. Соглашеніе, какъ признакъ соучастія, должно предшествовать учиненію преступнаго дѣянія или, по крайней мѣрѣ, предшествовать тому акту, въ которомъ выразилось участіе даннаго обвиняемаго. Но это соотношеніе между рѣшимостью и дѣйствительнымъ участіемъ, такъ же какъ и при совершеніи отдѣльнаго преступнаго дѣянія, можетъ имѣть различные оттѣнки.

Такъ, наше уложеніе въ ст. 11 говоритъ: «въ преступленіи, содѣянномъ нѣсколькими лицами, принимается въ уваженіе: учинено ли сіе преступленіе по предварительному всѣхъ или нѣкото-

рыхъ виновныхъ на то согласію или безъ онаго» [1]. Сверхъ сего, въ особенной части уложеніе упоминаетъ еще о третьемъ видѣ соучастія—о шайкѣ.

Новыя западно-европейскія законодательства не сохранили особыхъ постановленій о двухъ первыхъ типахъ, примѣняя къ обоимъ общія правила о соучастіи; но спеціальныя постановленія о шайкѣ существуютъ во многихъ новыхъ кодексахъ. Къ этой послѣдней системѣ примкнулъ и нашъ проектъ уголовнаго уложенія, потому, какъ замѣчаетъ объяснительная записка, что различіе скопа и сговора, имѣющее несомнѣнно правильное теоретическое основаніе и вытекающее изъ существа соучастія, не представляетъ практическаго значенія и не должно имѣть мѣста въ общей части уложенія.

По дѣйствующему уложенію, различіе между соучастіемъ по предварительному соглашенію и безъ онаго имѣетъ двоякое значеніе: во 1-хъ, уложеніе въ каждомъ видѣ соучастія даетъ различную обрисовку типамъ соучастниковъ; во 2-хъ, наличность предварительнаго соглашенія разсматривается, какъ обстоятельство, усиливающее отвѣтственность.

Послѣднее положеніе признано и нашимъ сенатомъ. Еще въ рѣшеніяхъ 1867 г. (№ 190, по дѣлу Абрамовой; № 263, по дѣлу Достакова, и № 317, по дѣлу Полосина) онъ призналъ, что вопросъ о томъ, было ли соучастіе по предварительному соглашенію или безъ онаго, долженъ быть непремѣнно предложенъ присяжнымъ засѣдателямъ, если дѣло разсматривается съ ихъ участіемъ, а если такого вопроса предложено не будетъ, то судъ долженъ признать, что соучастіе было безъ предварительнаго соглашенія. Самый вопросъ о предварительномъ соглашеніи можетъ быть предложенъ или прямо, или же въ видѣ указанія на такіе факты, изъ которыхъ можно съ достовѣрностью заключить о существованіи такого соглашенія (рѣшенія сената по дѣламъ: Долгополовой, $^{67}/_{359}$; Авловыхъ, $^{69}/_{721}$; Левтѣева, $^{76}/_{217}$).

---

(1) Это различіе не существовало въ сводѣ и было внесено редакторами уложенія, какъ они замѣчали, по тѣмъ же соображеніямъ, по коимъ было внесено различіе между предумышленіемъ и умысломъ внезапнымъ.

Но, конечно, такое отношеніе этихъ двухъ видовъ соучастія не исключаетъ возможности смѣшенія ихъ въ одномъ дѣлѣ; преступное дѣяніе можетъ, положимъ, быть учинено двумя лицами, дѣйствующими по предварительному соглашенію, и двумя, приступившими къ этому соучастію уже въ моментъ дѣйствія.

Съ другой стороны, въ особенной части мы встрѣчаемъ такія преступныя дѣянія, которыя, по ихъ законной обрисовкѣ, предполагаютъ, что соучастіе было по предварительному соглашенію: таковы, напр., случаи, предусмотрѣнные въ 1 части ст. 576, 2 части 1454, 1649 и др.

649. Обращаясь къ разсмотрѣнію видовъ соучастія въ отдѣльности, я начну съ соучастія безъ предварительнаго соглашенія, или, какъ назвалъ его проф. Жиряевъ (стр. 102), скопа (concursus accidentalis, zufällige Mitthäterschaft).

Скопъ предполагаетъ, что соединеніе нѣсколькихъ лицъ въ одно цѣлое относится къ самому моменту дѣйствія. Такое единеніе можетъ возникнуть иногда въ томъ случаѣ, когда двое или нѣсколько лицъ, задумавшихъ какое либо преступное дѣяніе, сходятся неожиданно другъ съ другомъ и выполняютъ совмѣстно задуманное; но всего чаще этотъ видъ предполагаетъ, что самое намѣреніе у нѣсколькихъ лицъ возникло внезапно, на самомъ мѣстѣ дѣйствія. Таковы, напр., случаи соучастія во внезапно возникшей дракѣ, дѣйствія скопомъ во время народныхъ волненій, когда нерѣдко убійства, поджоги совершаются разсвирѣпѣвшею толпою подъ вліяніемъ зажигательной рѣчи, мѣтко брошеннаго слова и т. п.

Скопъ, конечно, предполагаетъ не только общность умысла, но, согласно условіямъ своего возникновенія, общность дѣйствія во времени и по мѣсту, безотносительно однако къ самому характеру и объему дѣятельности. Если нѣсколько человѣкъ совершили скопомъ посягательство на жизнь, положимъ, мужа и жены, изъ которыхъ первый умеръ, а вторая получила только смертельную рану, то за оконченное убійство будутъ отвѣчать и тѣ участники, которые наносили удары женѣ; при совершеніи скопомъ поджога, за него будутъ наказаны и тѣ, которые подкладывали зажженные матеріалы, и тѣ, которые добывали огонь или стояли на караулѣ.

650. Другой видъ составляетъ соучастіе по предварительному соглашенію—сговоръ. Если всѣ сговорившіеся совмѣстно выполнили задуманное, то этотъ видъ соучастія будетъ совершенно сходенъ со скопомъ; но въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ такого условія нѣтъ, сговоръ можетъ имѣть и нѣкоторыя своеобразныя черты. Во 1-хъ, сговоръ можетъ быть не на одно, а на нѣсколько преступныхъ дѣяній, совершаемыхъ одновременно или разновременно, въ одномъ и разныхъ мѣстахъ, такъ что онъ можетъ и не предполагать общности дѣйствія по мѣсту и времени; во 2-хъ, при сговорѣ могутъ быть такіе соучастники, которые не принимаютъ никакого участія въ исполненіи и, притомъ, или случайно, или по свойству той роли, которую они играютъ въ соучастіи; въ 3-хъ, отвѣтственность за сговоръ возможна и тогда, когда сообщники не приступали къ выполненію задуманнаго.

Такимъ образомъ, сговоръ какъ бы совмѣщаетъ въ себѣ понятіе скопа, но съ извѣстнымъ придаткомъ.

Въ старой доктринѣ, въ особенности нѣмецкой, во время Фейербаха и Грольмана, изъ понятія соучастія по предварительному соглашенію выдвигался еще, какъ особый видъ, комплотъ, заговоръ, въ которомъ предполагалось не только прямое соглашеніе между соучастниками, но наличность взаимнаго подстрекательства, такъ что каждый изъ соучастниковъ являлся и подстрекателемъ, и подстрекнутымъ (1); но это ученіе, безполезное практически и допускающее сильныя возраженія теоретическія, благодаря положенной въ основу его фикціи, нынѣ отброшено, а замѣнившее его въ германскомъ кодексѣ и литературѣ понятіе совиновничества «Mitthäterschaft» покоится, какъ мы увидимъ далѣе, на объективныхъ, а не на субъективныхъ основаніяхъ (2), на условіяхъ дѣятельности, а не на условіяхъ соглашенія.

---

(1) Ср. болѣе подробныя указанія по этому вопросу и его литературу въ моемъ курсѣ, III, № 423; подробно изложено ученіе о комплотѣ у Schütze, Theilnahme, стр. 204—228; ср. также Zachariae, die Bedeutung des Complottbegriffs in heutigen deutschen Strafrecht, 1874 г.; разборъ ученія о комплотѣ у Ortmann, über die Fictionen der Ursachlichkeit in der Lehre von der Theilnahme въ Gerichtssaal за 1876 г., стр. 96 и сл.

(2) Изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ въ защиту старой доктрины высказались: Köstlin, Hälschner, Langenbeck, а въ особенности Schwarze. О понятіи Mitthäterschaft въ дѣйствующемъ нѣмецкомъ уложеніи—ср. статьи

Въ другихъ кодексахъ слѣды этого ученія сохранились только при преступленіяхъ политическихъ.

651. Предварительное соглашеніе, какъ было указано, можетъ относиться или къ одному или ко многимъ преступнымъ дѣяніямъ; но уже при самой первоначальной постановкѣ ученія о комплотѣ Фейербахомъ и Грольманомъ послѣдніе случаи были выдѣлены въ особый видъ соучастія—шайку, который и по нынѣ сохранилъ свое самостоятельное мѣсто и въ законодательствахъ, и въ доктринѣ, хотя самое опредѣленіе шайки представляетъ значительное различіе.

Со стороны субъективной, шайка предполагаетъ предварительное соглашеніе на нѣсколько преступныхъ дѣяній, на цѣлый ихъ рядъ, и притомъ соглашеніе, не періодически повторяющееся, а общее на постоянную преступную дѣятельность. Этимъ признакомъ шайка главнымъ образомъ и отличается отъ сговора на отдѣльное преступленіе.

Соглашеніе можетъ относиться или къ опредѣленному виду преступной дѣятельности — шайки сбытчиковъ фальшивыхъ денегъ, конокрадовъ, или неопредѣленному—шайки, составившіяся для поджоговъ, кражъ и даже убійствъ при случаѣ.

Соглашеніе можетъ состояться на неопредѣленное время или можетъ быть ограничено извѣстнымъ мѣстомъ и временемъ, какъ, напр., шайки мошенниковъ, шулеровъ, отправляющихся, положимъ, въ Нижній Новгородъ, на время ярмарки.

Самыя преступныя дѣянія, ради коихъ составляется шайка, по самому условію ея возникновенія, намѣчаются только въ общихъ родовыхъ чертахъ; но утрачиваетъ ли соучастіе характеръ шайки, если предположенныя ею преступныя дѣянія были намѣчены индивидуально? Нѣмецкая доктрина старая, а отчасти и новая (¹),

---

Hälschner, die Mitthäterschaft im Sinne des deutschen Strafgesetzbuches, въ Gerichtssaal за 1873 г., стр. 81—121 и, тамъ же статью Buri, стр. 237—255; G. Schmidt, die Mitthäterschaft, 1882 г.

(¹) Такое положеніе защищаютъ: Бернеръ, Кестлинъ, Листъ и Жиряевъ. Послѣдній (стр. 120) говоритъ: «неопредѣленность преднамѣренныхъ преступленій составляетъ существенный признакъ шайки, въ коемъ одномъ надлежитъ искать основаній высшей наказуемости преступленій, совершенныхъ шайкою; и простые заговорщики могутъ имѣть въ виду нѣсколько преступленій, напр., нѣ-

обусловливаетъ понятіе шайки отсутствіемъ такой индивидуальной опредѣленности; но едва ли это ограниченіе вполнѣ основательно. Существо шайки, какъ справедливо замѣчаетъ Н. Неклюдовъ ([1]), заключается въ постоянномъ характерѣ сообщества, въ обращеніи членами шайки преступной ихъ дѣятельности какъ бы въ ремесло, а это, конечно, возможно, хотя и въ видѣ исключенія, и при опредѣленности задуманныхъ преступныхъ дѣяній.

Со стороны объективной, шайка предполагаетъ соглашеніе нѣсколькихъ лицъ, хотя бы и двухъ. Правда, нашъ сенатъ, въ рѣшеніи по дѣлу Ефимова ($^{69}/_{613}$), выставилъ, какъ условіе шайки, наличность по крайней мѣрѣ трехъ сообщниковъ, но въ подкрѣпленіе своего толкованія сослался только на общепринятое мнѣніе ([2]).

Этою возможною малочисленностью шайки разрѣшается и другой вопросъ, бывшій нѣкогда спорнымъ, объ ея іерархической организаціи. При словѣ шайка, предъ нами прежде всего рисуются наши поволжскія шайки съ атаманами и есаулами или средневѣковыя банды феодальной Европы; но это—уже образъ минувшаго. Конечно, и теперь можно встрѣтить шайки организованныя, дисциплинированныя, построенныя на принципѣ безусловнаго подчиненія выборнымъ руководителямъ; но рядомъ съ ними встрѣчаются шайки и въ болѣе простѣйшей формѣ, безъ всякой іерархической организаціи, въ которыхъ взаимныя отношенія членовъ

сколько смертоубійствъ, или смертоубійство и зажигательство; но эти преступленія должны быть опредѣлены и по числу, и по предмету, тогда какъ шайки составляются на нѣсколько еще неопредѣленныхъ въ отдѣльности преступленій». Но тогда, очевидно, является вопросъ: почему неопредѣленность задуманныхъ преступленій должна служить основаніемъ для усиленія отвѣтственности?

([1]) Руководство къ особенной части, III, стр. 304.

([2]) См. возраженія у Н. Неклюдова, руководство, III, стр. 300; онъ справедливо указываетъ въ числѣ доводовъ и на мотивы къ ст. 1106 проекта уложенія 1845 г. Еще Жиряевъ (стр. 121) называлъ требованіе наличности по крайней мѣрѣ трехъ соучастниковъ предразсудкомъ. Изъ новыхъ кодексовъ только баварскій 1861 г. сохранилъ это требованіе, а дѣйствующее германское уложеніе довольствуется двумя участниками; такъ, по крайней мѣрѣ, разъясняютъ его постановленія комментаторы. Code pénal не указываетъ числа соучастниковъ и прежніе комментаторы, напр., Carnot, т. I, стр. 726, считали необходимымъ для бытія шайки не менѣе 20 членовъ, а новые, F. Hélie, Blanche, отвергаютъ всякія ограниченія въ числѣ членовъ.

сводятся къ общему понятію о виновникахъ и сообщникахъ или даже пособникахъ ([1]).

Чѣмъ обширнѣе по своему объему шайка, чѣмъ строже она организована, тѣмъ болѣе значенія и опасности представляетъ она для общества; но даже и при меньшихъ размѣрахъ шайка является наиболѣе опаснымъ видомъ преступнаго соучастія: продолжительная преступная дѣятельность, опытность, знаніе лицъ и мѣстъ, удобныхъ для сбыта плодовъ, добытыхъ преступленіемъ, съ одной стороны, облегчаютъ самое совершеніе преступныхъ дѣяній, а съ другой—даютъ наибольшую возможность скрыть слѣды преступной дѣятельности и скрыться самимъ отъ кары закона ([2]).

652. Въ нашемъ правѣ спеціальныя постановленія о шайкахъ появились только съ уложенія 1845 г. и, притомъ, не въ общей, а въ особенной части, въ постановленіяхъ о наказуемости составленія шаекъ и въ случаяхъ признанія учиненія какого либо дѣянія шайкою, обстоятельствомъ усиливающимъ отвѣтственность.

Уложеніе не опредѣляетъ шайки, но изъ статей 923, 924 (по изд. 1885 г.) можно заключить, что оно понимаетъ подъ шайкою составленіе сообщества для совершенія ряда преступленій, хотя, къ сожалѣнію, законъ въ цѣломъ рядѣ другихъ статей (ст. 1633, 1639, 1645) говоритъ объ учиненіи преступленіи, составившеюся для того или вообще для преступленій сего рода шайкою, такъ что эти выраженія могутъ навести на мысль, что нашъ законъ знаетъ шайку, составившуюся даже для одного преступленія.

Такое толкованіе дѣйствительно и принялъ нашъ сенатъ въ извѣстномъ рѣшеніи по дѣлу Ефимова ($^{69}/_{613}$), установивъ, что,

---

([1]) Французскій кодексъ (ст. 266) говоритъ, что шайка существуетъ, какъ скоро она организовалась, или когда начались сношенія между отдѣльными частями шайки или ихъ начальниками, или состоялось соглашеніе относительно отчетности или распредѣленія, или дѣлежа добычи; поэтому и французскіе криминалисты говорятъ объ организаціи, какъ условіи шайки; но они подъ словомъ «organisation» понимаютъ моментъ составленія шайки, начало ея существованія, а не іерархическую соподчиненность ея членовъ.

([2]) Партикулярные нѣмецкіе кодексы—баварскій 1813 г., ганноверскій, гессенскій, брауншвейгскій, говорили о шайкѣ въ общей части; но нынѣ дѣйствующіе кодексы упоминаютъ о ней только въ части особенной.

по уложенію, преступное сообщество, именуемое шайкою, имѣетъ два главные вида: во 1-хъ, оно можетъ существовать какъ сообщество, составленное для совершенія одного или нѣсколькихъ преступленій, опредѣленныхъ только въ родѣ ихъ, но не (въ подлинникѣ опечатка «или») въ данныхъ случаяхъ, и, во 2-хъ, оно можетъ существовать, какъ сообщество, составленное для совершенія одного или нѣсколькихъ преступленій, опредѣленныхъ заранѣе въ данныхъ случаяхъ. Для опредѣленія шайки перваго рода достаточно признать главный отличительный признакъ даннаго сообщества, состоящій въ предварительномъ соглашеніи на совершеніе какого либо рода преступленій безъ опредѣленія отдѣльныхъ случаевъ; напротивъ того, для установленія различія между шайкою втораго рода и простымъ сговоромъ необходимо положительное признаніе присяжными засѣдателями тѣхъ фактическихъ данныхъ, которыми обусловливается организація шайки, а именно, что между сговорившимися лицами опредѣлено было заранѣе назначеніе начальниковъ, распредѣленіе дѣйствій между сообщниками, раздѣлъ по извѣстнымъ правиламъ добычи и тому подобные признаки соединеннаго въ своихъ частяхъ преступнаго сообщества. Къ этому сенатъ, въ рѣшеніи по дѣлу Мокіевыхъ ($^{75}/_{165}$), добавилъ, что организація, составляя необходимое условіе шаекъ втораго рода, конечно, можетъ встрѣчаться и въ шайкахъ перваго рода, т. е. въ шайкахъ, составившихся для учиненія цѣлаго ряда конкретно неопредѣленныхъ преступленій.

Это толкованіе, конечно, соотвѣтствуетъ буквѣ статей, комментированныхъ сенатомъ (1639 и 1645 гг.); но оно, какъ справедливо замѣчаетъ Н. Неклюдовъ (руководство, III, стр. 302—303), едва ли соотвѣтствуетъ смыслу закона, въ особенности въ виду того что, по объясненію самихъ редакторовъ уложенія, постановленія о кражѣ или грабежѣ шайкою совершенно однородны съ постановленіями о шайкахъ, ст. 922 и сл., а послѣднія говорятъ только о шайкѣ, составившейся на учиненіе ряда преступныхъ дѣяній; къ тому же, и самый признакъ, указанный сенатомъ, наличность организаціи, вовсе не составляетъ отличительной черты современныхъ шаекъ.

Во всякомъ случаѣ, нельзя не прибавить, что какой бы объемъ мы ни придавали понятію шайки, рѣшеніе вопроса о томъ, было ли

въ данномъ случаѣ предварительное сообщество или шайка, должно принадлежать присяжнымъ засѣдателямъ (рѣшеніе 1867 г., № 324, по дѣлу Воробьевыхъ).

Проектъ уголовнаго уложенія упоминаетъ о шайкахъ въ общей части, замѣчая однако въ объяснительной запискѣ, что этотъ типъ соучастія можетъ имѣть значеніе только при нѣкоторыхъ, особо въ законѣ указанныхъ, преступныхъ дѣяніяхъ, причемъ подъ шайкою должно быть понимаемо соглашеніе на совершеніе нѣсколькихъ опредѣленныхъ или не опредѣленныхъ преступныхъ дѣяній.

653. Соучастіе во всѣхъ его видахъ предполагаетъ единеніе въ общей преступной дѣятельности, все равно, будетъ ли послѣдняя, смотря по свойству соучастія, однородная или разнородная, простая или сложная, одновременная или разновременная, предполагаемая или уже осуществляемая.

Во всякомъ случаѣ, эта дѣятельность должна быть преступною. То дѣяніе, по поводу коего нѣсколько лицъ привлекаются къ отвѣтственности, должно быть не только воспрещено закономъ подъ страхомъ наказанія, но и не должно заключать въ себѣ такихъ условій, которыя бы, на основаніи закона, устраняли преступность. На этомъ основаніи, если учиненное признается выполненнымъ въ состояніи необходимой обороны или вслѣдствіе обязательнаго приказа, то въ такомъ дѣяніи не можетъ быть преступнаго соучастія. Если законъ по какимъ либо основаніямъ находитъ необходимымъ наказывать соучастіе и въ не преступной дѣятельности, то онъ долженъ сдѣлать объ этомъ особыя постановленія: таковы, напр., постановленія о наказуемости пособничества или подстрекательства къ самоубійству въ тѣхъ кодексахъ, въ коихъ самоубійство не почитается преступнымъ [1].

Эта объективная сторона соучастія, въ свою очередь, можетъ служить основаніемъ для различенія видовъ соучастія.

Такъ, проектъ различаетъ соучастіе въ видѣ простаго соглашенія на преступную дѣятельность, соглашеніе, не имѣвшее послѣдствій, и соучастіе въ тѣсномъ смыслѣ, когда согласившіеся выполнили какую либо роль въ учиненномъ ими дѣяніи; причемъ тѣмъ

---

(1) Подробно разсмотрѣнъ этотъ вопросъ въ любопытномъ рѣшеніи германскаго Reichsgericht'а 9 Іюня 1884 г. (Entsch. XI, № 15).

самымъ обрисовывается и третій типъ, когда изъ нѣсколькихъ лицъ, привлекаемыхъ по данному дѣлу въ качествѣ соучастниковъ, одни обвиняются, какъ соучастники въ тѣсномъ смыслѣ, а другіе, какъ только согласившіеся.

Это дѣленіе соучастія строится на признакѣ осуществленія предположенной преступной дѣятельности, аналогично съ разсмотрѣннымъ нами ученіемъ о степеняхъ осуществленія воли, и имѣетъ существенное значеніе для опредѣленія отвѣтственности соучастниковъ.

Иное дѣленіе усвоено германскимъ кодексомъ, а за нимъ и новою германскою литературою (¹), различающею въ понятіи соучастія два вида: совиновничество, Mitthäterschaft, когда каждый виновный является не только равновиновнымъ, но когда дѣятельность всѣхъ соучастниковъ обрисовывается одинаково, какъ дѣятелей, выполнившихъ самое преступное дѣяніе, и участіе, Theilnahme, когда кромѣ исполнителя являются и другіе участники, причемъ, конечно, обѣ эти формы допускаютъ комбинацію между ними, когда въ одномъ дѣлѣ является и нѣсколько совиновниковъ и нѣсколько участниковъ.

Это дѣленіе основывается на различіи той роли, которую играютъ отдѣльные соучастники въ учиненномъ преступномъ дѣяніи. Дѣйствительно, если уподобить жизненную преступную драму воспроизведенію жизни на сценѣ, то какъ всякая пьеса, требуя, для ея надлежащаго выполненія, игры и дѣйствія всего персонала, тѣмъ не менѣе различаетъ по значенію отдѣльные типы персонажей, различаетъ по свойству роли актеровъ главныхъ и второстепенныхъ, до исполняющихъ роли безъ словъ включительно, то такъ же и въ соучастіи различаются отдѣльные типы участниковъ.

Это ученіе о типахъ соучастниковъ, объ ихъ характеристическихъ признакахъ, условіяхъ отвѣтственности, составляетъ одну изъ важнѣйшихъ, хотя, къ сожалѣнію, крайне запутанныхъ частей ученія о соучастіи.

654. Изъ западно-европейскихъ законодательствъ французское различаетъ два основные типа—«coauteurs» (²) виновниковъ,

(¹) Ср. въ особенности H. Meyer, § 33.

(²) Болѣе подробно изложенъ этотъ вопросъ въ моемъ курсѣ, III, № 432 и сл.; тамъ же указанія литературы по исторіи вопроса.

которые физически выполнили дѣяніе или прямо содѣйствовали его выполненію, и «complices», участниковъ, которые или подстрекали къ учиненію дѣянія, давали совѣты и указанія, или доставляли средства, необходимыя для совершенія преступленія, или же завѣдомо помогали или содѣйствовали выполненію преступленія ([1]). Подобную же систему принимаетъ бельгійское уложеніе, относя однако подстрекателей къ виновникамъ.

Несравненно сложнѣе является классификація партикулярныхъ нѣмецкихъ кодексовъ, посвящавшихъ соучастію цѣлые десятки статей ([2]). Но дѣйствующее германское уложеніе (§§ 47—50) упростило нѣмецкую систему, сведя всѣхъ соучастниковъ къ тремъ типамъ: совершителей, т. е. лицъ, выполнившихъ преступное дѣяніе, подстрекателей, умышленно опредѣлившихъ другихъ къ учиненію преступнаго дѣянія, и пособниковъ, завѣдомо помогавшихъ виновному совѣтомъ и дѣломъ. Такую же простую классификацію принимаетъ и кодексъ венгерскій.

655. Система нашего дѣйствующаго уложенія развилась, какъ замѣчаютъ редакторы, на почвѣ свода, причемъ сложная система послѣдняго получила еще бо́льшее развитіе, благодаря тому, что классификація соучастниковъ была поставлена въ соотношеніе съ различіемъ видовъ соучастія ([3]).

Такъ, при соучастіи безъ предварительнаго соглашенія (ст. 12) законъ различаетъ два основныхъ типа: главные виновные и участники, хотя, конечно, въ дѣйствительности могутъ быть и такіе случаи, когда всѣ участвующіе въ скопѣ являются равно-

---

([1]) Этотъ послѣдній типъ участія такъ близко подходитъ къ понятію совиновничества, что, напр., Blanche, Etudes, II, № 20, находитъ различіе неуловимымъ. Нельзя не указать, что къ complices по французскому праву приравниваются и нѣкоторые виды прикосновенныхъ.

([2]) Ср. обзоръ законодательныхъ постановленій у Geyer'а въ Holtzendorf's Handbuch, § 37; на сложной системѣ нѣмецкихъ партикулярныхъ кодексовъ отразилась постановка этого ученія въ доктринѣ, гдѣ дробимость этихъ типовъ достигала ужасающихъ размѣровъ. Достаточно указать на то, что, напр., Borst, въ его статьѣ über die Theilnahme an einem Verbrechen, und über die Nothwendigkeit deren verschiedene Arten und Abstufungen näher zu unterscheiden, въ Archiv, VII, стр. 670 и сл., дѣлитъ соучастниковъ на 12 родовъ и 42 степени.

([3]) Ср. историческія указанія въ моемъ курсѣ, III, № 433 и сл.

отвѣтственными главными виновными. Самыя наименованія этихъ типовъ, какъ говоритъ нашъ сенатъ [1], не имѣютъ значенія терминовъ, такъ какъ въ уложеніи встрѣчается рядъ статей, въ которыхъ, напр., терминъ «участники» употребляется и для означенія родоваго понятія всякаго соучастія въ преступленіи.

Главными виновными при скопѣ признаются: во 1-хъ, распоряжавшіеся или управлявшіе дѣйствіями другихъ, предполагая, что ихъ руководящая роль создалась во время самой дѣятельности. Эти лица остаются главными виновными, хотя бы они и не совершали непосредственно самаго преступнаго дѣянія (рѣш. 1872 г., № 152, по дѣлу Сметанина); во 2-хъ, приступившіе къ дѣйствію прежде другихъ, при самомъ онаго началѣ, причемъ, по смыслу закона, безразлично: ограничивалась ли затѣмъ роль этихъ лицъ только второстепенною дѣятельностью, напр., доставленіемъ средствъ дѣятельности, или же они участвовали и въ самомъ выполненіи; наконецъ, въ 3-хъ, всѣ лица, непосредственно совершившія преступное дѣяніе, причемъ таковыми нужно считать не только выполнившихъ главный актъ, но вообще принимавшихъ активное участіе въ совершеніи дѣйствій, входящихъ въ составъ преступнаго дѣянія, какъ, напр., при убійствѣ—не только нанесшаго смертельный ударъ, но и всѣхъ наносившихъ удары жертвѣ; при кражѣ—не только вынувшаго вещи изъ сундука, но и сломавшаго на немъ замокъ. Всѣ прочіе содѣйствовавшіе отойдутъ къ категоріи участниковъ.

Участниками же по ст. 12 почитаются: во 1-хъ, тѣ, которые непосредственно помогали главнымъ виновнымъ въ содѣяніи преступленія, какъ, напр. лица, державшія жертву при убійствѣ, или подставившія лѣстницу, по которой главный воръ взбирался въ окно, или стоявшія на стражѣ во время совершенія преступленія и т. д.; во 2-хъ, тѣ, которые доставляли средства для содѣянія преступленія, и въ 3-хъ, старавшіеся устранить препятствія, къ

---

[1] Рѣшеніе 1868 г., № 145, по дѣлу Мазурина; при этомъ сенатъ высказалъ, что при примѣненіи тѣхъ статей уложенія, въ которыхъ употреблены слова: «участіе», «участники», необходимо обращать вниманіе на то, въ родовомъ или видовомъ значеніи употребленъ этотъ терминъ законодателемъ.

тому представлявшіяся, хотя бы ихъ старанія и не увѣнчались успѣхомъ (¹).

Нетрудно видѣть, что признаки, отдѣляющіе, напр., первую группу участниковъ отъ третьей группы главныхъ виновныхъ, такъ шатки, что установленіе этихъ границъ a priori едва ли возможно, а потому мнѣ представляется вполнѣ правильнымъ взглядъ, высказанный сенатомъ по дѣлу Рожнова ($^{71}/_{1123}$), что вопросъ о признаніи подсудимаго главнымъ виновнымъ или участникомъ всегда подлежитъ разрѣшенію присяжныхъ засѣдателей, и если такого вопроса не было поставлено, то судъ долженъ признавать виновнаго только участникомъ.

656. Болѣе разнообразными представляются типы соучастниковъ при сговорѣ.

На первомъ планѣ стоятъ зачинщики. Такими лицами, какъ по смыслу ст. 13, такъ и по сравненію ея текста съ ст. 12 свода законовъ (изд. 1842 г.), на которой эта статья основана, могутъ быть: во 1-хъ, зачинщики физическіе («пущіе» по терминологіи свода), выдающіеся своею дѣятельностью во время совершенія преступнаго дѣянія, а именно управлявшіе дѣйствіями другихъ при совершеніи преступленія или при покушеніи на оное, или же первые приступившіе къ тому, тѣ, какъ говоритъ сводъ, которые первые подали примѣръ къ совершенію преступленія. При этомъ они считаются зачинщиками, каково бы ни было ихъ интеллектуальное участіе въ преступленіи, т. е. хотя бы они и не замыслили дѣянія, а только примкнули къ чужому умыслу; во 2-хъ, зачинщики интеллектуальные, которые, умысливъ содѣянное преступленіе, согласили на то другихъ. Такіе зачинщики могутъ или принимать какое либо участіе въ совершеніи преступленія, или просто находиться при его совершеніи, или же вовсе не принимать въ немъ фактическаго участія (ст. 118 улож.).

(¹) Такъ, сенатъ подвелъ подъ понятіе участія: по дѣлу Диттель ($^{72}/_{1439}$), дѣйствія лица, принимавшаго мѣры, чтобы отравленному не было подано медицинской помощи, вслѣдствіе чего онъ и умеръ; по дѣлу Хохлова ($^{74}/_{637}$), дѣйствія лица, стоявшаго на стражѣ и бившаго камнемъ объ камень, чтобы заглушить крики жертвы.

657. Вторую группу составляютъ сообщники, къ которымъ законъ относитъ согласившихся съ зачинщиками или другими виновными совершить совокупными силами или дѣйствіями предумышленное преступленіе ([1]). Эти лица составляютъ ординарный типъ соучастниковъ, обнимая собою всякую непосредственную дѣятельность въ совершеніи преступленія, какъ бы маловажна она ни была ([2]). По смыслу ст. 13 и 169, они раздѣляются на два вида: сообщниковъ, дѣйствительно принимавшихъ участіе въ совершеніи преступленія, и сообщниковъ, только согласившихся, но не участвовавшихъ въ выполненіи, причемъ ихъ дѣятельность, по самому акту соглашенія, предполагается, какъ дѣятельность физическая, а не интеллектуальная.

658. Третью группу составляютъ подговорщики или подстрекатели, которые, какъ говоритъ законъ, не участвуя сами въ совершеніи преступленія, употребляли разныя средства для склоненія къ оному другихъ. Такимъ образомъ, понятіе подстрекательства слагается изъ двухъ признаковъ: отрицательнаго—неучастванія въ дѣятельности, и положительнаго—склоненія другихъ.

Но, какъ мы видѣли выше, такими же признаками рисуется по уложенію и интеллектуальный зачинщикъ, а потому естественно и въ литературѣ, и въ практикѣ сената неоднократно поднимался вопросъ о границѣ этихъ двухъ типовъ.

Признакъ отрицательный, очевидно, не играетъ въ этомъ отношеніи никакой роли, такъ какъ и зачинщикъ, и подстрекатель одинаково могутъ не участвовать въ выполненіи; значитъ, границы нужно искать въ условіяхъ положительныхъ, въ элементахъ воздѣйствія, привитія другому преступнаго умысла; но при этомъ

([1]) Въ особенной части уложеніе даетъ иногда совершенно иное значеніе понятію сообщниковъ, какъ, напр., при взяточничествѣ (ст. 380), при поддѣлкѣ денежныхъ знаковъ (ст. 567, 576 и 579 п. 2), при поддѣлкѣ видовъ на жительство (ст. 979), при банкротствѣ (ст. 1164, 1167), при нѣкоторыхъ противозаконныхъ бракахъ (ст. 1552), при кровосмѣшеніи (ст. 1562), при нѣкоторыхъ подлогахъ (ст. 1696).

([2]) Напримѣръ, простое нахожденіе на мѣстѣ совершенія кражи; рѣшеніе 1868 г., № 124, по дѣлу Баландина.

высказываются два мнѣнія: одни признаютъ, что интеллектуальнымъ зачинщикомъ будетъ тотъ, кто приглашалъ другихъ дѣйствовать вмѣстѣ съ собою, слѣдовательно, уже въ моментъ склоненія, принималъ на себя обязанность участвовать физически въ преступленіи, а подстрекателемъ тотъ, кто уже напередъ уклонялся отъ этого участія, такъ что исполнитель и не разсчитывалъ на его помощь и содѣйствіе ([1]); но такое толкованіе не имѣетъ достаточной опоры въ законѣ, такъ какъ оно основывается только на томъ, что про зачинщиковъ ст. 13 говоритъ, что они «соглашаютъ», а про подстрекателей, что они «склоняютъ»: хотя очевидно, что эти выраженія и этимологически, и юридически не даютъ основанія для такого вывода.

Другое мнѣніе было высказано сенатомъ по дѣлу Овсянникова ($^{76}/_{97}$), гдѣ онъ призналъ, что интеллектуальнымъ зачинщикомъ будетъ тотъ, кто, самъ умысливъ преступленіе, склоняетъ другихъ принять участіе въ осуществленіи своего замысла, а подстрекателемъ тотъ, кто будетъ склонять къ преступному умыслу, составленному другими, такъ что самостоятельность умысла есть главный признакъ зачинщика; поэтому всякій интеллектуальный зачинщикъ будетъ и подстрекателемъ, но не наоборотъ. Такое толкованіе всего ближе подходитъ къ тексту закона, хотя, благодаря ему, чрезвычайно съуживается объемъ подстрекательства.

Подстрекатель долженъ воздѣйствовать на другаго опредѣленными, въ законѣ указанными, средствами. Но, по внимательномъ разсмотрѣніи, перечень средствъ, указанныхъ въ ст. 13, представляется только примѣрнымъ, а вовсе не исчерпывающимъ. Это доказывается какъ общностью самыхъ выраженій, употребленныхъ въ законѣ—«убѣжденіе», «обѣщаніе выгодъ», «обольщеніе», такъ и постановленіями особенной части, въ которой встрѣчаются указанія на способы подстрекательства, въ ст. 13 не упомянутые ([2]).

([1]) Въ особенности А. Лохвицкій, курсъ, стр. 147.

([2]) При нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяніяхъ законъ даже вовсе отказывается отъ перечня средствъ, употребляя общее выраженіе «склонить», «возбудить»; таковы, напр., статьи 382, 942, 1475 и 1501.

Такъ же отнеслась къ этому перечню и практика нашего сената, хотя и не безъ нѣкоторыхъ колебаній (¹).

659. Послѣднюю категорію соучастниковъ составляютъ пособники, которыми по ст. 13 могутъ быть только лица, не принимавшія участія въ совершеніи преступленія. Этимъ признакомъ пособники отличаются отъ сообщниковъ, такъ что лица, вложившіяся въ главное дѣйствіе или же выполнившія какой либо актъ, входящій въ составъ преступленія, или же обѣщавшія содѣйствіе этого рода, должны считаться сообщниками, а не пособниками.

Далѣе, уложеніе ставитъ одно общее условіе для пособниковъ, чтобы они дѣйствовали изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ; но, не говоря уже о неопредѣленности выраженія «личные виды», этотъ признакъ является невѣрнымъ и не соотвѣтствующимъ природѣ пособничества. Пособникъ весьма нерѣдко можетъ дѣйствовать въ видахъ и интересахъ главнаго виновнаго, а новая нѣмецкая доктрина это содѣйствіе чужому дѣлу ставитъ даже главнымъ признакомъ пособничества.

Самая дѣятельность пособниковъ по уложенію представляется весьма разнообразною.

Къ пособникамъ относятся: во 1-хъ, всѣ дѣйствительно помогавшіе или даже только обѣщавшіеся помогать лицамъ, умыслившимъ преступленіе: а) совѣтами, указаніями, доставленіемъ свѣдѣній; б) доставленіемъ какихъ либо другихъ средствъ для совершенія преступленія; в) устраненіемъ представлявшихся къ содѣянію онаго препятствій.

Во 2-хъ, тѣ, которые, завѣдомо, предъ совершеніемъ преступленія, давали у себя убѣжище учинившимъ оное; при этомъ я полагаю, что для признанія этихъ лицъ пособниками необходимо, чтобы дача помѣщенія являлась средствомъ содѣйствія, чтобы чрезъ это давалась возможность совершить преступленіе или облегчалось его совершеніе.

Въ 3-хъ, обѣщавшіе заранѣе способствовать сокрытію преступ-

(¹) Ср., напр., рѣшенія: по дѣлу Соболева (73/446); Войникова (71/1809); Овсянникова (76/97); Турчанинова (76/107).

ленія или преступника послѣ содѣянія онаго, причемъ, по толкованію сената (рѣшеніе по дѣлу Щербакова, 1868 г., № 174), сюда же можетъ быть относимо и заранѣе данное обѣщаніе принять въ закладъ, купить и т. д. вещи, которыя будутъ добыты преступленіемъ.

660. Наконецъ, въ составѣ шайки уложеніе различаетъ слѣдующія категоріи участниковъ:

Во 1-хъ, главныхъ виновныхъ, къ которымъ изъ сопоставленія ст. 922—926, 1607, 1633, 1639, а въ особенности ст. 1645, могутъ быть отнесены составители или основатели шаекъ, лица, подговорившія кого либо ко вступленію въ шайку, или сформировавшія самостоятельное отдѣленіе шайки, начальники какъ всей шайки, такъ и отдѣльныхъ ея частей.

Во 2-хъ, сообщниковъ, къ которымъ относятся всѣ лица, добровольно вступившія въ шайку, съ знаніемъ о свойствѣ и предназначеніи оной, если притомъ они не играли никакой выдающейся роли въ дѣятельности шайки.

Въ 3-хъ, пособниковъ, а именно, лицъ, изобличенныхъ въ завѣдомомъ доставленіи злонамѣреннымъ шайкамъ или сообществамъ оружія или же иныхъ орудій, или другихъ какихъ либо средствъ для содѣянія предположенныхъ ими преступленій.

661. Уставъ о наказаніяхъ содержитъ самостоятельныя и притомъ значительно упрощенныя правила о соучастіи, исключающія примѣненіе постановленій уложенія (рѣшенія сената по дѣламъ Сергѣева, 1870 г., № 516 и Елесиныхъ, 1871 г., № 1503).

По ст. 15 устава, при всѣхъ видахъ соучастія являются три типа участниковъ: а) совершившіе дѣяніе, б) подстрекавшіе къ нему и в) бывшіе ихъ соучастниками.

По законамъ военно-уголовнымъ, къ соучастникамъ должны быть примѣняемы постановленія уложенія, но съ двоякаго рода изъятіями. Во 1-хъ (по ст. 72), въ дѣяніяхъ, соединенныхъ съ нарушеніемъ воинской дисциплины и обязанностей службы, начальникъ, а при отсутствіи его—старшій въ званіи или чинѣ, а при равенствѣ—старшій въ семъ званіи или чинѣ, всегда под-

вергается наказанію, какъ главный виновникъ, а если онъ былъ главнымъ виновникомъ, то ему (по ст. 75) наказаніе возвышается на одну степень; во 2-хъ, когда преступное дѣяніе, какъ воинское, такъ и общее, учинено цѣлою командою или частью оной, или когда число подсудимыхъ значительно, наказанію, назначенному въ законѣ, подвергаются при скопѣ—главные виновные, а при сговорѣ—зачинщики, сообщники и подстрекатели, а равно въ обоихъ случахъ лица, указанныя въ ст. 72; всѣ же прочіе наказываются по усмотрѣнію суда.

Проектъ уголовнаго уложенія въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ соучастіе выразилось только въ соглашеніи, не различаетъ никакихъ отдѣльныхъ типовъ, а тамъ, гдѣ соучастіе перешло въ дѣятельность, сходно съ уставомъ о наказ., различаетъ: 1) непосредственно учинившихъ преступное дѣяніе или участвовавшихъ въ его выполненіи; 2) прямо подстрекавшихъ другаго къ соучастію въ преступномъ дѣяніи; 3) пособниковъ, доставлявшихъ средства или устранявшихъ препятствія, или оказавшихъ помощь учиненію преступнаго дѣянія совѣтомъ, указаніемъ или обѣщаніемъ скрыть оное.

662. Система, усвоенная уставомъ о наказаніяхъ и проектомъ, всего ближе подходитъ и къ теоретической обрисовкѣ типовъ участія, которые естественно сводятся къ слѣдующимъ тремъ: кто либо совершалъ самое преступное дѣяніе—исполнитель; кто либо оказывалъ ему содѣйствіе—пособникъ; кто либо вовлекалъ его въ дѣятельность—подстрекатель.

Но при этомъ необходимо имѣть въ виду нижеслѣдующее: 1) каждый изъ этихъ типовъ допускаетъ различные оттѣнки,—въ особенности много таковыхъ представляетъ пособничество; 2) могутъ быть случаи, когда въ лицѣ одного и того же соучастника соединяется нѣсколько типовъ: подстрекатель можетъ явиться въ то же время и пособникомъ,—исполнитель можетъ явиться подстрекателемъ пособника, а тамъ, гдѣ исполнителей было нѣсколько—и пособникомъ другаго исполнителя; 3) при отдѣльныхъ случаяхъ, конечно, могутъ быть не всѣ типы соучастниковъ и, наоборотъ, вполнѣ возможно, что въ одномъ соучастіи будетъ нѣсколько лицъ одного и того же типа.

663. Исполнителями преступленія могутъ быть названы тѣ лица, которыя сами непосредственно участвовали въ исполненіи преступнаго дѣянія, каковъ бы ни былъ объемъ ихъ личной дѣятельности. Такъ, исполнителями убійства будутъ всѣ лица, наносившія ударъ жертвѣ, державшія ее и т. д. Единеніе преступнаго намѣренія, соглашеніе, дѣлаетъ каждаго отвѣтственнымъ за все дѣяніе, подобно тому, какъ подложившій въ бурную погоду пучокъ зажженной соломы подъ крышу зданія отвѣчаетъ за истребленіе цѣлаго селенія, если пожаръ получилъ такіе размѣры. При этомъ, если преступленіе состоитъ изъ нѣсколькихъ актовъ или является продолжающимся, какъ, напр., поддѣлка монеты, лишеніе свободы, то исполнителями будутъ всѣ лица, выполнившія какое либо изъ дѣйствій, входящихъ въ составъ этихъ дѣяній, хотя бы дѣйствующій не былъ ни первымъ, ни послѣднимъ.

Дѣйствіе, учиненное исполнителемъ, или сумма его дѣйствій опредѣляютъ, по общему правилу, юридическій характеръ всего совершеннаго соучастниками; въ этомъ отношеніи исполнители представляютъ центральный пунктъ соучастія.

Такимъ образомъ, степень осуществленія преступнаго намѣренія исполнителями опредѣляетъ, въ этомъ отношеніи, вмѣненіе учиненнаго прочимъ соучастникамъ. Если исполнитель остановился на приготовленіи или на покушеніи, то можно говорить только о подстрекательствѣ къ покушенію, о пособничествѣ къ приготовленію и т. д. Точно также, подсудность соучастниковъ, по общему правилу, опредѣляется мѣстомъ дѣйствія главныхъ виновныхъ, давностные сроки вычисляются съ момента дѣятельности исполнителей и т. д. (1).

Далѣе, если совершенное исполнителями не почитается преступнымъ или почему либо утрачиваетъ преступность, то и дѣятельность прочихъ соучастниковъ въ этихъ случаяхъ, если она особо не воспрещена закономъ, утрачиваетъ преступность. На

---

(1) Такъ, ст. 207 уст. угол. суд. говоритъ: «всѣ соучастники въ преступленіи или проступкѣ судятся въ одномъ судѣ, а именно въ томъ, коему подсудны главные виновные». По ст. 160 уложенія наказаніе всѣхъ участвующихъ въ преступленіи отмѣняется не прежде, какъ по истеченіи срока давности, для самихъ зачинщиковъ или главныхъ виновныхъ опредѣленнаго.

этомъ основаніи не можетъ быть преступнаго соучастія, если исполнитель дѣйствуетъ въ силу закона, вслѣдствіе необходимой обороны, и т. д. При этомъ соучастники остаются безотвѣтственными и въ томъ случаѣ, когда они думали, что помогаютъ преступному дѣянію; ошибка и заблужденіе въ преступности учиненнаго должны оказывать и на отвѣтственность соучастниковъ такое же вліяніе, какъ и на отвѣтственность единоличныхъ преступниковъ. Точно также не наказуемы соучастники, если исполнитель дѣйствуетъ съ согласія пострадавшаго или совершаетъ посягательство на собственныя права; поэтому, какъ указалъ сенатъ, въ рѣшеніи 1880 г., № 10, по дѣлу Свиядьева, лицо, участвовавшее въ поджогѣ кѣмъ либо своего имущества, отвѣчаетъ только при тѣхъ условіяхъ и въ томъ объемѣ, въ какомъ отвѣчаетъ самъ хозяинъ имущества.

Эта безотвѣтственность соучастниковъ обусловливается только непреступностью учиненнаго исполнителемъ, а не его безнаказанностью. Если исполнитель оказался умалишеннымъ, то это еще не дѣлаетъ не наказуемыми лицъ, ему помогавшихъ (1); если исполнитель дѣянія, преслѣдуемаго по частной жалобѣ, не привлеченъ къ отвѣтственности пострадавшимъ, то это обстоятельство еще не гарантируетъ отъ преслѣдованія соучастниковъ.

Далѣе, для отвѣтственности соучастниковъ необходимо констатированіе учиненія преступнаго дѣянія исполнителями, хотя бы личность исполнителей осталась почему либо суду не извѣстна (2). Прекращеніе производства по отношенію къ непосредственно совершившимъ преступное дѣяніе не влечетъ само по себѣ прекращенія слѣдствія и суда надъ ихъ соучастниками, такъ какъ оно можетъ зависѣть отъ чисто личныхъ условій, какъ, напр., отъ смерти исполнителя или помилованія его по Высочайшей волѣ, если актъ помилованія относится къ лицу, а не заключаетъ

---

(1) Такъ, сенатъ, по дѣлу Достакова (67/263), высказалъ, что невмѣненіе преступленія главному виновному не служитъ основаніемъ для освобожденія соучастниковъ. Любопытная практика французскаго суда приведена у F. Hélie, Théorie, I, № 206; Blanche, Etudes, I, № 48.

(2) Такое толкованіе дано и сенатомъ по дѣламъ: Абрамовой (67/190); Огнева (5/199); Вериги (69/982).

въ себѣ преданія забвенію самого дѣянія (1). Точно также оправданіе судомъ исполнителя не можетъ еще, само по себѣ, быть основаніемъ безотвѣтственности соучастниковъ, ибо такое оправданіе можетъ имѣть чисто личное основаніе, если только судомъ не отвергнуто существованіе самого преступнаго событія (2).

664. Вторую группу соучастниковъ составляютъ пособники. Какъ, повидимому, ни просто противоположеніе исполненія и пособничества, но въ дѣйствительности проведеніе границъ между ними представляется весьма затруднительнымъ, что́ блистательно доказала нѣмецкая доктрина, потратившая массу труда на рѣшеніе этого вопроса, въ особенности — ставя это различіе въ соотношеніе съ началомъ различной наказуемости исполнителей и пособниковъ (3).

Я не буду вдаваться въ разборъ всѣхъ попытокъ этого рода, но, въ виду того вліянія, которое оказала нѣмецкая доктрина на нашу литературу, я укажу важнѣйшія изъ нихъ, сводя ихъ къ тремъ группамъ по слѣдующей схемѣ: всякій участникъ вкладывается въ преступное дѣяніе своею дѣятельностью и своею волею; поэтому различія между главными виновными—исполнителями, и второстепенными—пособниками, можно искать или въ объективныхъ свойствахъ дѣятельности, или въ особенныхъ свойствахъ ихъ виновности, или, наконецъ, въ томъ и другомъ вмѣстѣ; отсюда три группы попытокъ: объективная, субъективная и смѣшанная (4).

---

(1) Это начало установлено въ рѣшеніяхъ сената по дѣламъ: Цукермана ($^{73}/_{45}$); Турчанинова ($^{76}/_{107}$).

(2) Рѣшеніе сената по дѣламъ: Пожухова ($^{68}/_{408}$); Пономарева ($^{74}/_{462}$).

(3) Особенное развитіе получили эти попытки въ 50-хъ годахъ, когда рядъ нѣмецкихъ кодексовъ, какъ, напр., вюртембергскій, по закону 13 Авг. 1849 г., прусскій 1851 г., австрійскій 1852 г. и баварскій 1861 г., въ замѣнъ запутанной системы другихъ партикулярныхъ нѣмецкихъ кодексовъ, приняли упрощенную французскую систему, и практика высказалась въ пользу этого нововведенія.

(4) Ср. обзоръ нѣмецкихъ теорій у Hirsch, über den Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe, 1881 г.; онъ насчитываетъ (стр. 30) 5 группъ теорій, подраздѣляя субъективную и объективную каждую на двѣ.

665. Наиболѣе старая попытка разграниченія, придававшая этому различію принципіальный характеръ, была объективная. По этой доктринѣ главнымъ виновникомъ считался тотъ, кто былъ непосредственною причиною преступленія, т. е. чьими руками или дѣйствіями воспроизведено преступное дѣяніе въ полномъ его объемѣ, а всѣ остальные участники относились къ пособникамъ.

Но послѣ того, какъ съ эпохи Штюбеля поколебалось ученіе объ исключительной причинности, утратила значеніе и эта доктрина, замѣненная другимъ, также объективнымъ, ученіемъ, на основаніи коего главнымъ виновникомъ почитался тотъ, кто былъ «достаточною», «необходимою», «преимущественною» или главною причиною явленія, пока, наконецъ, на смѣну всѣхъ этихъ воззрѣній объ относительномъ значеніи условій причиненія, не явилось новое, нынѣ господствующее въ нѣмецкой доктринѣ, что причиною, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, можетъ быть названа только сумма предыдущихъ, а о различіи причинъ главныхъ и второстепенныхъ, близкихъ и отдаленныхъ не можетъ быть и рѣчи, такъ что на этомъ основаніи нельзя различить главныхъ виновныхъ отъ второстепенныхъ.

На мѣсто этихъ попытокъ явились иныя, также объективнаго характера, видящія различіе не въ свойствахъ причиненія, а въ юридическомъ значеніи дѣятельности, относя къ исполнителямъ тѣхъ, которые выполнили главный или существенный актъ преступнаго дѣянія, какъ, напр., взятіе вещи при захватахъ, нанесеніе смертельнаго удара при убійствѣ (1); или же, расширяя понятіе исполнителей на всѣхъ соучастниковъ, которые выполняли дѣйствіе, входящее въ законный составъ преступленія (2).

Прежнія попытки различенія представлялись невѣрными по-

---

(1) Это различіе защищается въ особенности французскими криминалистами, Ортоланъ, Эли; ср. также Carrara, programme, § 427. Ср. болѣе подробныя указанія въ моемъ курсѣ, № 445 и сл.; Колоколовъ, ст. 75.

(2) Это начало защищаютъ изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ— Гейеръ, Г. Мейеръ, Листъ, признающіе главными виновными тѣхъ, которые выполнили «Ausführungshandlung». Къ этому же воззрѣнію примкнулъ въ позднѣйшихъ трудахъ Бернеръ, бывшій прежде сторонникомъ субъективной теоріи.

своему существу, такъ какъ онѣ противорѣчатъ ученію о причинной связи, новыя же не имѣютъ принципіальнаго значенія. Признакъ дѣленія, ими принятый, представляется въ существѣ своемъ случайнымъ, измѣнчивымъ, завися какъ отъ способа дѣйствія, выбраннаго виновнымъ, такъ и отъ законнаго опредѣленія преступнаго дѣянія. Съ другой стороны, на основаніи такого признака можно дѣлить соучастниковъ не только на двѣ, но на три, четыре и болѣе категорій, такъ какъ это признакъ крайне дробимый. Непринципіальный характеръ этого дѣленія представится еще нагляднѣе, если мы посмотримъ на его значеніе по отношенію къ наказуемости соучастниковъ. Можемъ ли мы утверждать, что участникъ, выполнившій какое либо дѣйствіе, входящее въ составъ преступнаго дѣянія, всегда болѣе преступенъ и заслуживаетъ высшаго наказанія, чѣмъ лицо, стоявшее на сторожѣ, или приготовившее отраву? Чѣмъ отличаются, съ точки зрѣнія преступности, дѣйствія лица, державшаго жертву за ноги, стоявшаго на караулѣ, или, положимъ, игравшаго на тромбонѣ для того, чтобы заглушить крики жертвы и т. п.? Можемъ ли мы отрицать, что иногда лицо, игравшее, повидимому, второстепенную роль, при внимательномъ разсмотрѣніи обстоятельствъ даннаго дѣла, окажется истинною душою предпріятія, лицомъ несравненно болѣе преступнымъ, чѣмъ главный дѣятель?

666. Болѣе распространенною въ новой нѣмецкой доктринѣ (Кестлинъ, Шварце, Гельшнеръ, а въ особенности Бури), а равно и въ практикѣ Reichsgericht'а ([1]), является теорія субъективная, полагающая основу различія въ направленіи воли дѣйствующаго.

Первоначально теорія субъективная явилась только какъ противовѣсъ Фейербахо-Грольмановской объективной теоріи. Ея первые представители, какъ Вехтеръ, Генке, указывали, что путемъ различенія объективной дѣятельности участвующихъ можно придти только къ признанію равной ихъ виновности, а для установленія различія необходимо обратиться къ внутренней сторонѣ, къ характеру намѣренія, къ опредѣленію того, въ чьихъ интересахъ дѣйствуетъ виновный.

([1]) Ср. практику у Liszt, § 50.

Но въ дальнѣйшемъ своемъ развитіи эта теорія получила болѣе рѣзкую постановку. «Главный виновный, говоритъ Кестлинъ (Neue Revision, стр, 465 и сл.; System, § 93), тотъ, кто дѣйствуетъ для достиженія собственной цѣли, видитъ въ немъ собственное дѣло; пособникъ тотъ, кто содѣйствуетъ осуществленію чужаго намѣренія; онъ разсматриваетъ себя и свою дѣятельность только какъ средство для дѣйствій другаго».

Шире ставятъ понятіе виновничества позднѣйшіе сторонники этого воззрѣнія, какъ, напр., Бернеръ и Гейбъ, при помощи такъ называемаго презумптивнаго виновничества, въ силу коего тотъ, кто выполнилъ преступное дѣяніе, всегда предполагается главнымъ виновнымъ, такъ какъ совершенное имъ убѣждаетъ, что онъ смотрѣлъ на данное дѣяніе, какъ на собственное.

Наконецъ, послѣ изданія германскаго уложенія субъективная теорія получила еще новое расширеніе, такъ какъ къ главнымъ виновнымъ стали относить всѣхъ тѣхъ, чья воля направляется на совершеніе дѣйствій, входящихъ въ составъ преступныхъ дѣяній ([1]).

Но и въ той, и въ другой формѣ, субъективная попытка представляется менѣе солидною, чѣмъ теорія объективная. Наиболѣе несостоятельною представляется теорія интереса. Какимъ образомъ мотивъ дѣятельности, играющій такую второстепенную роль въ ученіи объ юридическомъ дѣяніи, станетъ принципомъ различія типовъ виновничества? Дѣяніе, по его мотивамъ, становится тѣмъ преступнѣе, чѣмъ болѣе проявляется въ немъ нравственной испорченности, чѣмъ опаснѣе эти побужденія для общественнаго спокойствія. Съ этой точки зрѣнія понятно, что лицо, подговорившее кого либо убить своего врага, надругавшагося надъ его женою, дочерью, менѣе преступно, чѣмъ самый убійца, нанявшійся за нѣсколько рублей осуществить чужое желаніе; а между тѣмъ по субъективной теоріи первый долженъ считаться главнымъ виновникомъ, а второй—пособникомъ. Наконецъ, самое понятіе о своихъ

([1]) Hälschner, die Mitthäterschaft, въ Gerichtssaal, 1873 г., стр. 98, разсматриваетъ эту попытку даже какъ видоизмѣненную объективную теорію, различая ее отъ субъективной въ строгомъ смыслѣ такимъ афоризмомъ, что одна ищетъ «различія типовъ «in dem Warum und Wie des Wollens», а другая—«in dem Was des Wollens».

интересахъ представляется крайне условнымъ, такъ какъ оно зависитъ отъ различія понятій о ближайшей или отдаленной цѣли. Безъ мотива, безъ самостоятельнаго побужденія, мы не можемъ себѣ и представить сознательнаго участія въ преступленіи, и въ этомъ отношеніи нѣтъ различія между лицомъ, дѣйствующимъ подъ вліяніемъ личной мести, ревности, и наемникомъ, совершившимъ преступленіе изъ корысти: человѣкъ, за деньги доставившій ядъ для убійства, несомнѣнно осуществляетъ личный интересъ (1).

Также и вторая группа субъективныхъ попытокъ, на мой взглядъ, менѣе удачна, чѣмъ соотвѣтствующая ей попытка объективистовъ, такъ какъ она представляетъ практическія невыгоды. Признавая главными виновными тѣхъ, чья воля направлена на самое исполненіе, а пособниками тѣхъ, кто намѣревается оказать помощь исполнителямъ, мы не только не разрѣшаемъ вопроса, почему первые должны быть наказаны всегда сильнѣе вторыхъ, но и вводимъ признакъ различія крайне шаткій. Какимъ образомъ будемъ мы опредѣлять направленіе воли участвовавшихъ? Если по тому, что ими было выполнено, то это будетъ различіемъ объективнымъ, а если по тому, что предполагалъ выполнить участникъ, то намъ придется признать главнымъ виновнымъ того, кто предполагалъ, что нанесетъ смертельный ударъ, а въ дѣйствительности только принесъ топоръ или стоялъ на стражѣ. Мало того, въ самой основѣ этого субъективнаго дѣленія лежитъ недоразумѣніе. Нельзя быть наказуемымъ участникомъ преступнаго дѣянія, не сознавая того, въ чемъ участвуешь, и не направляя своей воли на совершеніе преступнаго дѣянія. Ближайшая цѣль дѣятельности даннаго лица—покупка ножа, принесеніе лѣстницы и т. п.; но онъ совершаетъ эти дѣйствія, зная, что они должны служить для кражи, убійства, по отношенію къ которымъ онъ и далъ свое согласіе на оказаніе содѣйствія, помощи; слѣдовательно, его воля точно также направляется на совершеніе самаго преступнаго дѣянія, какъ и воля лица, наносящаго ударъ, берущаго вещь и т. п.

---

(1) Ср. обстоятельныя замѣчанія по этому вопросу у Hälschner, System, стр. 372.

667. Остается упомянуть о третьей группѣ теорій, пытающихся соединить обѣ предшествующія, съ приближеніемъ то къ той, то къ другой изъ нихъ. «Главнымъ виновникомъ, говоритъ Росси, (глава XXXV) будетъ: во 1-хъ, тотъ, кто былъ творцомъ преступнаго умысла, кто осуществляетъ въ преступленіи свои личные интересы и, во 2-хъ, тотъ, кто выполнилъ главное дѣяніе или такое, которое было существенно необходимо для выполненія главнаго, а пособниками будутъ тѣ, которые содѣйствовали составленію плана или выполненію;» но къ этому Росси добавляетъ, что окончательное различіе между виновниками и пособниками есть вопросъ факта, а потому теорія можетъ дать только общія положенія, предоставляя установленіе подробностей суду (1). Изъ нашихъ криминалистовъ проф. Жиряевъ (2) заявляетъ, что оба крайніе взгляда, ложные въ своей исключительности, заключаютъ въ себѣ каждый справедливую сторону, а потому необходимо соединить ихъ между собою. Для понятія главнаго виновничества нужно брать въ разсчетъ и то, что дѣлается, и то, почему дѣлается, такъ что лицо, явившееся на мѣсто преступленія только для оказанія помощи, но выполнившее главный актъ, должно быть признано главнымъ виновнымъ.

И по поводу этой попытки слѣдуетъ сказать то же, что и относительно предъидущихъ: она даетъ возможность подмѣтить нѣкоторыя черты отличія между лицами, входящими въ число соучастниковъ, но она не устанавливаетъ между ними принципіальнаго различія, и не устанавливаетъ, по моему мнѣнію, потому, что такого различія и быть не можетъ. Въ томъ и заключается самостоятельный характеръ института соучастія, что всѣ соучастники отвѣчаютъ за все совершенное, какова бы ни была ихъ дѣятельность, что единеніе или общность вины измѣняютъ общее ученіе о причинной связи въ томъ, что допускается связь дѣятельности и результата внутренняя, психическая, что положеніе о томъ, что умышленная дѣятельность человѣка прерываетъ причинную связь, утрачиваетъ при этой комбинаціи свою силу,

---

(1) Предположенная имъ формула принимается большинствомъ французскихъ криминалистовъ, какъ, напр., Haus, № 465.

(2) О стеченіи, стр. 33, 44; къ этому воззрѣнію примыкаетъ и Спасовичъ, стр. 161; Кистяковскій, § 322.

и т. п. Если иногда степень виновности участвующихъ окажется различною, то это будетъ зависѣть отъ индивидуальной обстановки ихъ дѣятельности, а не отъ принадлежности къ тому или другому типу.

668. Если же устранить вопросъ о принципіальномъ различіи, видоизмѣняющемъ отвѣтственность соучастниковъ, и разсматривать отдѣльные типы только съ точки зрѣнія характеристики ихъ дѣятельности, то понятіе пособничества обрисовывается сравнительно легко: всѣ тѣ соучастники, которые не являются ни исполнителями, ни подстрекателями, должны быть признаны пособниками.

Въ этомъ смыслѣ дѣятельность пособниковъ получаетъ характеръ дополнительный, акцессорный. Центръ всего соучастія, какъ было указано выше, составляетъ дѣятельность исполнителей, такъ какъ ихъ дѣятельность опредѣляетъ юридическую характеристику учиненнаго.

Но это положеніе объ акцессорной природѣ пособничества, по моему мнѣнію, примѣняется только въ тѣхъ случаяхъ, когда началось осуществленіе предположеннаго дѣянія; вопросъ ставится иначе, если самое дѣяніе не было учинено. При этомъ представляются двѣ возможности: а) или сообщники ограничились однимъ соглашеніемъ, и тогда всѣ участники или всѣ согласившіеся одинаково являются центромъ предположеннаго, или б) кто либо изъ соучастниковъ совершилъ приготовленіе, и тогда всѣ соучастники отвѣчаютъ за приготовленіе, хотя бы учинившимъ его былъ пособникъ. Слѣдовательно, могутъ быть случаи, когда центромъ соучастія являются дѣйствія пособниковъ и, сообразно съ ихъ дѣятельностью, опредѣляется отвѣтственность исполнителей [1].

---

[1] По тѣмъ же соображеніямъ рѣшается вопросъ о юридическомъ значеніи покушенія на пособничество, возбуждавшій значительные споры въ нѣмецкой доктринѣ. Всякій пособникъ вкладывается въ преступное дѣяніе не только своею дѣятельностью, но и соглашеніемъ дѣйствовать; слѣдовательно, если первое отпадаетъ, то остается второе условіе наказуемости, т. е. виновный отвѣчаетъ какъ согласившійся участвовать, но не участвовавшій. Если же въ данномъ случаѣ одно соглашеніе не наказуемо, то и покушеніе на пособничество остается дѣяніемъ не наказуемымъ.

*

669. Дѣятельность пособниковъ представляется крайне разнообразною, хотя это различіе отдѣльныхъ оттѣнковъ пособничества не имѣетъ особенно важнаго практическаго значенія. Такимъ образомъ, между пособниками различаютъ: 1) пособниковъ интеллектуальныхъ, которые разными способами и средствами содѣйствуютъ созданію преступнаго умысла, давая, напр., совѣты и указанія, когда и гдѣ удобнѣе выполнить преступленіе, укрѣпляютъ рѣшимость главныхъ виновныхъ, или же своими замѣчаніями, указаніями облегчаютъ выполненіе преступленія, даютъ обѣщаніе скрытія слѣдовъ, какъ скоро такое обѣщаніе укрѣпляло преступную рѣшимость; при этомъ, какъ указано въ объяснительной запискѣ къ новому проекту нашего уложенія, этими средствами должна быть дѣйствительно оказана помощь, такъ что судъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ долженъ не только установить, что виновный далъ совѣтъ или указаніе, но что черезъ это дѣйствительно были оказаны помощь или содѣйствіе учинившимъ преступное дѣяніе; 2) пособниковъ физическихъ, которые вкладываются своею физическою дѣятельностью, доставленіемъ средствъ или устраненіемъ препятствій, или которые сдѣлали возможнымъ успѣшное ихъ учиненіе и т. д. Эти лица отвѣчаютъ, какъ въ томъ случаѣ, когда доставленныя ими средства были дѣйствительно употреблены въ дѣло, такъ и въ томъ, когда они оказались излишними, когда убійство было совершено другимъ орудіемъ, когда воръ вошелъ не черезъ ту дверь, которая была отперта пособникомъ и т. д. Иногда участіе можетъ выразиться въ простомъ нахожденіи на мѣстѣ учиненія дѣянія, когда лицо, пришедшее вмѣстѣ съ другими, оставалось празднымъ, потому что его помощь оказалась излишнею, или же когда дѣятельность этого лица, по самому состоявшемуся между соучастниками соглашенію, должна была именно заключаться въ невмѣшательствѣ.

Самая дѣятельность пособниковъ можетъ или предшествовать самому исполненію (concursus antecedens), или же совпадать съ нимъ (c. concommittens); но пособничество послѣ исполненія (c. subsequens) представляется, и теоретически, и практически, невозможнымъ, такъ какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда результатъ входитъ въ законный составъ преступнаго дѣянія, содѣйствіе его

наступленію будетъ содѣйствіемъ совпадающимъ, а не послѣдующимъ.

670. Третью группу соучастниковъ составляютъ подстрекатели ([1]) или, какъ называютъ ихъ иногда въ юридической литературѣ, интеллектуальные виновники ([2]). Типъ этотъ представляетъ совершенно самостоятельныя черты, устраняющія возможность причислить его къ пособникамъ, какъ это дѣлаетъ кодексъ французскій, или къ исполнителямъ, а заставляющія придать ему самостоятельное мѣсто, какъ это дѣлаютъ наше уложеніе и проектъ редакціонной коммисіи.

Но кто же можетъ быть названъ подстрекателемъ, т. е. лицомъ, подговорившимъ или подстрекнувшимъ другаго къ соучастію въ преступномъ дѣяніи?

Наше уложеніе указываетъ на два признака: отрицательный— это лицо, «не участвовавшее само въ совершеніи преступленія», и положительный—«вовлекшее другаго въ участіе въ такомъ совершеніи». Но первый признакъ представляется теоретически и ненужнымъ, и невѣрнымъ: какъ было уже указано выше, дѣятельность одного и того же соучастника можетъ заключать въ себѣ черты, свойственныя нѣсколькимъ типамъ, но чрезъ это въ немъ не изглаживаются черты, свойственныя каждому изъ нихъ въ отдѣльности; съ другой стороны, это положеніе и практически не вѣрно: если законъ, какъ, напр., наше дѣйствующее уложеніе считаетъ подстрекательство болѣе тяжкою формою совиновниче-

---

([1]) Ср. указанія на спеціальную литературу въ моемъ курсѣ, III, № 451, прим. 218; С. Шайкевичъ, о подстрекателяхъ, въ журн. мин. юст. 1865 г., стр. 211—232; С. Баршевъ, о подстрекательствѣ, въ журн. мин. юст. за 1868 г., стр. 385—404.

([2]) Послѣдній терминъ можетъ привести къ невѣрнымъ выводамъ относительно сущности подстрекательства. Различеніе интеллектуальнаго и физическаго виновничества вовсе не тождественно съ различіемъ понятія о внутренней и внѣшней сторонахъ преступленія, объ умыслѣ и дѣяніи (animus et corpus): физическій исполнитель или даже пособникъ вкладывается въ дѣяніе не только дѣйствіемъ, но и волею,—онъ сознательно и волимо становится соучастникомъ; также и подстрекатель отвѣчаетъ не за мысли, желанія, а за преступную дѣятельность, въ которую онъ вложился опредѣленнымъ способомъ. Съ другой стороны, понятіе интеллектуальнаго виновничества шире понятія подстрекательства, такъ какъ такимъ виновникомъ можетъ быть признанъ и тотъ, кто давалъ совѣты, указанія, не дѣлаясь однако пособникомъ.

ства, то если подстрекнувшій, сверхъ сего, оказалъ какое либо содѣйствіе, напр., доставилъ орудіе, онъ долженъ быть наказанъ все таки какъ подстрекатель, а не какъ пособникъ.

Обращаясь же къ анализу положительной стороны, я разсмотрю отдѣльно условія, относящіяся къ подстрекателю, къ подстрекнутому и къ самому подстрекательству.

671. Подстрекатель, какъ и всякій соучастникъ, долженъ быть виновникомъ и совиновникомъ. Поэтому подстрекателемъ можетъ быть только лицо дѣеспособное и дѣйствующее умышленно.

На этомъ основаніи, тотъ, кто разгласитъ при другихъ придуманный имъ планъ какого либо артистическаго мошенничества, не имѣя въ виду возбудить кого либо этимъ разсказомъ къ преступленію, не можетъ считаться подстрекателемъ, хотя бы кто либо изъ присутствующихъ воспользовался этимъ разсказомъ и осуществилъ этотъ планъ.

На этомъ же основаніи, не можетъ быть признано подстрекательствомъ развитіе въ другомъ преступныхъ наклонностей, пріученіе къ порочной жизни, даже подготовка къ преступнымъ занятіямъ, если въ этомъ не содержится вовлеченіе въ опредѣленное преступное дѣяніе; такимъ образомъ, напр., опекунъ, потворствующій разврату своего питомца, не можетъ только поэтому считаться подстрекателемъ къ совершенному подопечнымъ изнасилованію; лицо, устроившее цѣлую школу для малолѣтнихъ воришекъ, обучающее ихъ проворству, ловкости, можетъ быть наказано, какъ пристанодержатель, какъ виновное въ развращеніи малолѣтнихъ; но оно не будетъ подстрекателемъ. Точно также, по общему правилу, не подойдетъ подъ понятіе подстрекательства и жестокое обращеніе, хотя бы и доведшее другаго до учиненія какого либо преступнаго дѣянія.

Недостаточно для подстрекательства простаго заявленія желанія, указанія на извѣстную цѣль, если при этомъ не былъ указанъ и путь дѣятельности, такъ какъ подстрекательство предполагаетъ вовлеченіе въ опредѣленное преступное дѣяніе. Если кто либо уничтожитъ какую либо вещь, ударитъ кого либо, зная, что онъ выполняетъ этимъ давнишнее желаніе своего пріятеля, то, конечно, этотъ послѣдній не можетъ считаться подстрекателемъ, хотя бы

онъ прежде неоднократно и многимъ лицамъ заявлялъ о томъ, что ему подобное событіе было бы весьма пріятно.

672. Возбужденіе должно имѣть опредѣленный характеръ, какъ относительно лицъ, къ коимъ оно относится, такъ и относительно дѣянія или дѣяній, которыя подстрекатель имѣетъ въ виду. Этимъ подстрекательство отличается отъ возбужденія массъ, отъ пропаганды, играющихъ такую важную роль въ области политическихъ преступленій. «Можно, говоритъ Haus въ мотивахъ къ бельгійскому кодексу (I, № 320), публично произнесенными рѣчами или путемъ печати возбудить чувство ненависти, жгучее озлобленіе противъ отдѣльныхъ частныхъ лицъ или противъ извѣстнаго класса, сословія; можно систематически нападать на дѣйствія правительства, сѣять недовольство существующимъ порядкомъ вещей, внушать гражданамъ желаніе измѣненія политическаго строя и т. п. Подобное непрямое возбужденіе заслуживаетъ иногда наказанія, какъ delictum sui generis; но все таки эта дѣятельность не можетъ сама по себѣ разсматриваться, какъ участіе въ вспыхнувшемъ возстаніи, въ посягательствахъ на личность или собственность гражданъ». Но, разумѣется, если такимъ возбужденіемъ толпа или отдѣльныя лица направляются именно на совершеніе отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, то виновный можетъ быть разсматриваемъ, какъ соучастникъ. Такое начало проводитъ, напр., германское уложеніе (§ 85, III), назначая, однако, за прямое возбужденіе, не имѣвшее послѣдствій, самостоятельное наказаніе ([1]).

Подобныя же, хотя весьма не полныя, постановленія о наказуемости публичнаго возбужденія къ преступленію знаетъ и наше уложеніе (ст. 245, 251, 252, 274, 1035); но всѣ эти постановленія только подтверждаютъ общее правило. Воззваніе можетъ разсматриваться какъ подстрекательство только при наличности слѣдующихъ условій: во 1-хъ, оно должно заключать въ себѣ прямое возбужденіе къ опредѣленному преступленію; во 2-хъ, виновный долженъ дѣйствовать съ намѣреніемъ возбудить къ этому преступленію; въ 3-хъ, возбужденіе должно сопровождаться дѣйствительнымъ учиненіемъ того дѣянія, къ которому возбуждали; въ

([1]) Ср. мой курсъ, III, № 451.

противномъ случаѣ виновный будетъ наказанъ за возбужденіе, какъ за самостоятельное дѣяніе.

673. Такимъ образомъ, подстрекатель долженъ дѣйствовать не только умышленно, но и съ опредѣленнымъ оттѣнкомъ умысла— выполнить задуманное посредствомъ другаго лица или при участіи этого лица; этому особенному направленію воли подстрекателя старая доктрина придавала спеціальное названіе—animus instigandi (1).

Умыселъ подстрекателя направляется на вовлеченіе въ участіе въ преступномъ дѣяніи, безотносительно къ свойству этого участія. Поэтому можетъ быть не только подстрекательство къ выполненію, но и подстрекательство къ пособничеству. Возраженія противъ послѣдняго положенія, встрѣчаемыя иногда въ нѣмецкой литературѣ, относятся къ вопросу о наказуемости подстрекательства къ пособничеству, а не къ юридической конструкціи понятія. Проектъ нашего уголовнаго уложенія говоритъ о подстрекательствѣ къ соучастію вообще.

Умыселъ подстрекателя можетъ быть прямой или непрямой, преступное безразличіе; если кто либо, совершая извѣстное дѣйствіе или сообщая извѣстный разсказъ, сознаетъ, что послѣдствіемъ его разсказа будетъ совершеніе кѣмъ либо указываемаго имъ преступнаго дѣянія, и безразлично относится къ этому, то мы можемъ ему вполнѣ вмѣнить совершенное другимъ лицомъ преступленіе, по тѣмъ же основаніямъ, по которымъ мы вмѣняемъ послѣдствія подобнаго безразличія непосредственному виновнику.

Умыселъ, прививаемый подстрекателемъ, можетъ быть или составленъ имъ самимъ, или воспринятъ имъ отъ другаго, такъ что подстрекателемъ можетъ явиться подстрекнутое лицо (2); съ дру-

---

(1) J. Glaser, zur Lehre vom dolus bei Anstifter, въ Gerichtssaal за 1858 г., стр. 26, замѣчаетъ: подстрекатель долженъ не только желать, чтобы совершилось преступленіе, но чтобы оно совершилось даннымъ опредѣленнымъ лицомъ, въ силу его воздѣйствія, подобно тому, какъ и непосредственный виновникъ не только желаетъ, чтобы наступило извѣстное явленіе, но чтобы оно совершилось вслѣдствіе его личной дѣятельности. Ср. Кистяковскій, § 309.

(2) Впрочемъ, В. Спасовичъ, стр. 171, ставитъ условіемъ подстрекательства, чтобы виновный «выростилъ въ себѣ умыселъ преступный», но ничѣмъ не обосновываетъ это требованіе. Напротивъ того, нашъ сенатъ самостоятельный характеръ прививаемаго умысла считаетъ признакомъ интеллектуальнаго зачинщика, а не подстрекателя.

гой стороны, подстрекателемъ будетъ признанъ и тотъ, кто привилъ кому либо преступный планъ не непосредственно лично, а черезъ посредство третьяго лица [1].

Безразлично, въ чьихъ интересахъ и изъ какихъ мотивовъ дѣйствовалъ подстрекатель. Если, напр., кто либо подговорилъ другаго къ совершенію преступленія, зная, что онъ доставитъ этимъ выгоду или удовольствіе не себѣ, а своему другу, любовницѣ, и руководясь только этими побужденіями, то онъ все таки будетъ отвѣчать какъ подстрекатель [2].

Точно также безразличны и тѣ основанія, по которымъ подстрекатель прибѣгъ именно къ этому способу выполненія задуманнаго; безразлично, прибѣгъ ли онъ къ чужой помощи потому, что считалъ свои силы недостаточными, какъ, напр., при выполненіи какого либо сложнаго преступнаго дѣянія, или потому, что находилъ личную дѣятельность неудобною, не хотѣлъ этого, или, наконецъ, потому, что физически безусловно не могъ его выполнить. Послѣдній случай вызывалъ споры въ доктринѣ. Такъ, Бернеръ, въ своей монографіи о соучастіи, предлагалъ считать такихъ лицъ не подстрекателями, а пособниками; но такое ограниченіе представляется и не нужнымъ, и не вѣрнымъ. Если мы считаемъ виновникомъ потопленія лицо, прорвавшее плотину, виновникомъ поджога—подложившаго зажженные матеріалы подъ зданіе, хотя, конечно, эти преступленія могли быть только выполнены стихійными силами, то на этомъ же основаніи мы должны признать параличнаго подстрекателемъ къ убійству, нанесенію побоевъ; импотентнаго или даже женщину подстрекателемъ къ изнасилованію, неграмотнаго—къ подлогу. Исключеніе представятъ только, какъ мы увидимъ далѣе, тѣ случаи, когда невозможность выполненія представляется не фактическою, а юридическою, когда преступное дѣяніе предполагаетъ, по своему составу, во всѣхъ участвующихъ наличность осо-

---

(1) Такое толкованіе дано сенатомъ въ рѣшеніи 1876 г., № 106, по дѣлу Турчанинова.

(2) Иначе, конечно, смотрятъ на это защитники субъективнаго принципа отличія главныхъ и второстепенныхъ виновниковъ, какъ Buri, Theilnahme, стр. 9, Langenbeck, стр. 143, которые считаютъ признакомъ подстрекательства, чтобы виновный разсматривалъ то, къ чему онъ подстрекаетъ, какъ свое собственное дѣло.

бенныхъ условій и признаковъ, напр., особенное служебное положеніе.

674. Указывая на эту возможность подстрекательства не изъ личныхъ побужденій, мы естественно встрѣчаемся съ вопросомъ: будетъ ли подстрекателемъ тотъ, кто возбуждалъ къ преступленію съ цѣлью предать совершителя правосудію и подвергнуть его отвѣтственности? Случаи этого рода, къ сожалѣнію, встрѣчаются въ судебной практикѣ всѣхъ странъ. Такого рода подстрекателями могутъ быть и частныя лица, но всего чаще въ этой роли являются низшіе агенты полицейской власти, сыщики или, какъ ихъ технически называютъ, agents provocateurs. Можно ли примѣнить къ этимъ лицамъ понятіе подстрекательства?

Прежде всего несомнѣнно, что одно только желаніе подвергнуть законной отвѣтственности подстрекнутаго не можетъ устранить наказуемости подстрекнувшаго. Если кто либо подговорилъ, положимъ, своего брата, на убійство, съ тѣмъ, чтобы потомъ донести на него и воспользоваться его имуществомъ, какъ лишеннаго правъ, или, какъ приводитъ примѣръ Глазеръ, съ тѣмъ, чтобы, воспользовавшись его заарестованіемъ, обольстить его жену или дочь, то, конечно, такое лицо является не только безнравственнымъ дѣятелемъ, но и уголовно наказуемымъ.

Даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда подстрекатель руководствуется не личными побужденіями, а своеобразно понимаемыми обязанностями службы или интересами общественными, подобная ссылка недостаточна для признанія подстрекательства безнаказаннымъ. Ссылка на служебныя обязанности сама по себѣ несостоятельна уже потому, что никакой законъ не уполномочиваетъ и не можетъ уполномочить кого либо на подобную дѣятельность. Обязанность полиціи состоитъ въ раскрытіи совершенныхъ преступныхъ дѣяній или въ предупрежденіи готовящихся; но и въ томъ, и въ другомъ случаѣ, эта дѣятельность не имѣетъ ничего общаго съ созданіемъ новыхъ преступленій или преступныхъ попытокъ. Такая ссылка не извинительна не только тогда, когда данный агентъ по своему почину прибѣгъ къ подобному способу открытія преступника, но и тогда, когда онъ дѣйствовалъ по приказу начальника, такъ какъ подобный приказъ беззаконенъ. Поэтому

лицо, подговорившее другаго совершить преступленіе для того, чтобы захватить его во время совершенія и предать правосудію, совершаетъ дѣяніе, не только не совмѣстное съ представленіемъ о нормальныхъ функціяхъ органовъ правительственной власти, но и подходящее подъ понятіе подстрекателя, а потому оно должно быть наказано, какъ соучастникъ въ учиненномъ преступномъ дѣяніи.

При этомъ, по моему мнѣнію, постановка вопроса не измѣнится, если лицо, склоненное къ этому дѣянію, имѣло преступныя наклонности, могло казаться опаснымъ, но не было преступникомъ. Такъ, если кто нибудь, зная, что лицо нуждается въ средствахъ и не прочь поправить свои дѣла какимъ бы то ни было путемъ, подговариваетъ его принять участіе въ дѣланіи фальшивыхъ ассигнацій, или, зная пылкій характеръ, способность къ увлеченіямъ какого либо юноши, уговариваетъ вступить въ тайное общество, заняться пропагандою, то судъ можетъ и долженъ признать такого подговорщика уголовно наказуемымъ: онъ создалъ и преступленіе, и преступника (1).

Нѣсколько иначе представляется вопросъ развѣ только въ томъ случаѣ, когда подговариваемое лицо уже разыскивается властью за учиненное имъ какое либо иное преступное дѣяніе, когда въ совершеніи новаго дѣянія или даже покушенія на него нѣтъ никакого интереса, когда засада устраивается только для захвата преступника. Если такую полицейскую дѣятельность по разнымъ причинамъ нельзя назвать раціональною, въ особенности въ виду той опасности, которая грозитъ жертвѣ вновь придуманнаго преступнаго дѣянія, то, съ другой стороны, здѣсь трудно видѣть и подстрекательство, такъ какъ дѣйствительное учиненіе этого дѣянія или даже наказуемая попытка на него подстрекавшимъ и не предполагались.

---

(1) Любопытные случаи этого рода встрѣчались и въ нашей судебной практикѣ: напр., дѣло Вавилова, обвиняемаго въ покушеніи на убійство и въ грабежѣ, въ суд. вѣстн. 1869 г., №№ 10—12; дѣло о сыщикѣ Фроловѣ, обвиняемомъ въ подстрекательствѣ Вѣткова къ похищенію билетовъ изъ экспедиціи заготовленія государственныхъ бумагъ, тамъ же, № 44 и сл. Во всѣхъ этихъ случаяхъ присяжные признали сыщиковъ-подстрекателей безусловно виновными.

675. Обращаюсь къ подстрекнутому. Подстрекательство предполагаетъ сознательное вовлеченіе, склоненіе чьей либо воли къ совершенію преступнаго дѣянія.

Конечно, если выходить изъ того положенія, что человѣкъ, какъ существо свободно разумное, опредѣляется въ своихъ дѣйствіяхъ исключительно изъ себя, по личному усмотрѣнію, т. е. стоять на почвѣ индетерминизма, то такое воздѣйствіе подстрекателя не можетъ имѣть никакого значенія для его отвѣтственности за учиненное: А. подговорилъ Б. на совершеніе убійства; но такъ какъ Б., въ дѣйствительности, рѣшается только по собственному волеопредѣленію, то убійство и можетъ быть вмѣнено ему одному; подговорщикъ же можетъ отвѣчать только за актъ подговора. Между подговоромъ и смертью не будетъ никакого причиннаго отношенія, какъ не существуетъ его между дѣйствіями лица, приготовившаго отраву, и смертью предполагаемой жертвы, происшедшею отъ удара молніи. Это замѣчаніе одинаково относится какъ къ прежней доктринѣ безусловной свободы воли, такъ и къ новѣйшему индетерминизму, допускающему значеніе мотивовъ дѣйствія, но при условіи вполнѣ свободнаго выбора между мотивами, такъ какъ самопочинность дѣйствія уничтожаетъ связь учиненнаго съ подстрекательствомъ [1].

Иначе ставится вопросъ съ точки зрѣнія закономѣрности человѣческихъ дѣйствій. Если каждое лицо опредѣляется въ своей дѣятельности мотивами, вытекающими частью изъ его личнаго опыта, характера, привычекъ, а частью изъ обстоятельствъ, существующихъ въ моментъ дѣятельности, къ числу которыхъ, очевидно, относится и воздѣйствіе, подговоръ другаго, то дѣйствія, совершенныя вслѣдствіе подговора, являются вполнѣ аналогичными съ дѣйствіями, вызванными ощущеніями голода, жажды, а потому вмѣняются совершившему, такъ что наличность подговора отнюдь не исключаетъ отвѣтственности подговореннаго. Съ другой сто-

---

(1) Geyer въ Holtzendorff's Handbuch, § 9, говоритъ: «съ точки зрѣнія индетерминизма является необъяснимымъ какъ самый институтъ подстрекательства, такъ и его наказуемость». Въ защиту теоріи индетерминизма см. Ortmann, über die Fictionen der Ursachlichkeit in der Lehre von der Theilnahme, въ Gerichtssaal, 1876 г., стр. 83.

роны, созданіе мотивовъ для дѣятельности другаго совершенно равнозначительно съ возбужденіемъ какихъ либо силъ природы, а потому виновный въ такомъ подговорѣ отвѣчаетъ за учиненное подговореннымъ по общимъ началамъ ученія о причинной связи.

676. Для того, чтобы дѣйствія подстрекателя могли служить мотивомъ дѣятельности подстрекнутаго, необходимо, чтобы послѣдній находился въ такомъ психическомъ состояніи, при которомъ склоненіе его представлялось возможнымъ, чтобы онъ могъ быть совиновникомъ.

На этомъ основаніи, если подговоренный будетъ недѣеспособнымъ, то подстрекательства нѣтъ, а склонившій долженъ разсматриваться какъ физическій виновникъ, хотя бы онъ въ моментъ дѣйствія и отсутствовалъ. Недѣеспособные являются такимъ же физическимъ средствомъ дѣйствія, какъ ядъ, кинжалъ, камень (¹).

Эта дѣеспособность подговореннаго должна существовать въ моментъ подговора; поэтому подговора нѣтъ, если исполнитель дѣйствовалъ подъ вліяніемъ физическаго принужденія (²).

Болѣе спора возбуждаетъ вопросъ о принужденіи психическомъ. Если кто нибудь, подъ угрозою смерти, требуетъ отъ другаго выполненія преступленія и достигаетъ требуемаго, то можно ли его считать подстрекателемъ, или же онъ будетъ единичнымъ физическимъ виновникомъ? Я полагаю, что отвѣтъ долженъ быть данъ на основаніи установленныхъ выше общихъ началъ объ отвѣтственности соучастниковъ. Если дѣйствіе исполнителя утратило преступный характеръ, то нѣтъ соучастія, нѣтъ и подстрекательства; такимъ образомъ, если мы признаемъ, что психическое принужденіе поставило принуждаемаго въ состояніе крайней необходимости, лишило его дѣятельность характера самостоятельнаго участія въ преступномъ дѣяніи, то отвѣтственнымъ является только принудившій; если же угроза не достигла такого размѣра, то, конечно, она можетъ быть однимъ изъ средствъ опредѣленія

(¹) Ср. спеціально посвященную этому вопросу статью Herbst'a zur Lehre von der sogenannten Anstiftung, въ Gerichtssaal за 1877 г., стр. 379, 429.

(²) Точно также не будетъ подстрекательства, если исполнитель дѣйствовалъ въ силу даннаго ему законнаго и обязательнаго приказа; въ этихъ случаяхъ единственнымъ отвѣтственнымъ лицомъ будетъ приказавшій.

другаго къ дѣйствію, т. е. однимъ изъ средствъ подстрекательства; въ этомъ смыслѣ говоритъ, напр., объ угрозѣ наше уложеніе въ ст. 13.

Наконецъ, нельзя говорить о подстрекательствѣ, когда кто либо побудилъ другаго къ учиненію какого либо дѣйствія обманомъ, посредствомъ возбужденія заблужденія или путемъ пользованія его ошибкою, хотя не могу не прибавить, что этотъ вопросъ считается весьма спорнымъ. По моему мнѣнію, если только вовлеченный дѣйствуетъ въ силу этого обмана или ошибки, неумышленно, то вовлекающій является самостоятельнымъ виновникомъ; если даже совершившій при этихъ условіяхъ, въ свою очередь, будетъ привлеченъ къ отвѣтственности за неосторожность или небрежность, то и тогда онъ не будетъ соучастникомъ вовлекшаго, что̀ ясно доказывается различіемъ въ объемѣ вмѣненія совершеннаго каждому изъ нихъ.

677. Любимымъ предметомъ старой доктрины въ ученіи о подстрекательствѣ былъ вопросъ о средствахъ вовлеченія: не всякое возбужденіе другаго къ преступному дѣянію считалось подстрекательствомъ, а только возбужденіе извѣстными, опредѣленными путями, а потому было необходимо изслѣдовать природу каждаго отдѣльнаго средства ([1]).

Теперь все это ученіе отошло на второй планъ. Въ самомъ дѣлѣ, можно ли перечислить a priori всѣ средства воздѣйствія одного лица на другое и установить ихъ относительное значеніе? Сила и значеніе этихъ средствъ безусловно зависятъ отъ разнообразныхъ отношеній, въ которыхъ находятся эти лица. «Часто, говоритъ проф. Жиряевъ, самое сильное въ другихъ случаяхъ средство, напр., приказаніе, соединенное съ угрозою, разбивается какъ волна о скалу, встрѣчаясь съ желѣзною волею или случайнымъ капризомъ того, относительно кого она употребляется, и наоборотъ, иногда просительное слово, одно высказанное желаніе заставляютъ другаго рѣшаться на самое безумное предпріятіе, бросаться, какъ говорятъ, въ огонь и въ воду». «Безразлично, замѣ-

---

([1]) Ср. изложеніе исторіи этого вопроса у Berner, Theilnahme, стр. 275 и сл.; Köstlin, System, стр. 306.

частъ Гейеръ, заключается ли подстрекательство въ какомъ либо мимолетномъ дѣйствіи, въ случайно брошенномъ словѣ, въ знакѣ, или же для вовлеченія понадобилась хитросплетенная махинація, рядъ заранѣе обдуманныхъ дѣйствій, мало по малу подготовляющихъ другаго къ роковой рѣшимости». Для подстрекательства необходимо только, чтобы данное лицо опредѣлило другаго къ совершенію преступнаго дѣянія, какимъ бы путемъ оно этого ни достигло: родъ и характеръ выбраннаго средства могутъ имѣть только процессуальное значеніе, какъ доказательство умышленности и причинной связи.

678. Изъ европейскихъ законодательствъ, французское перечисляетъ средства подстрекательства, говоря о склоненіи подарками, обѣщаніями, угрозами, злоупотребленіемъ власти или вліянія, обманами и преступными ухищреніями, а равно и о дачѣ наставленія для совершенія преступленія. Этому перечисленію и французскіе криминалисты, и практика, придаютъ важное значеніе, считая его строго ограничительнымъ и не допуская возможности подстрекательства иными средствами, кромѣ указанныхъ въ законѣ (¹). Той же системы держится бельгійское уложеніе 1867 года.

Германское уложеніе, опредѣляя подстрекательство въ ст. 48, хотя также говоритъ объ опредѣленіи другаго къ преступленію подарками, обѣщаніями, угрозами, злоупотребленіемъ вліянія или власти, возбужденіемъ ошибки или пользованіемъ ею, но въ заключеніе прибавляетъ къ этому перечню: «или иными какими либо средствами»; поэтому германская практика (напр. подробно мотивированное рѣшеніе берлинскаго оберъ-трибунала 29 Окт. 1877 г.) (²) признала, что этотъ перечень имѣетъ только характеръ примѣровъ.

Еще далѣе пошло венгерское уложеніе (§ 69), которое отказалось даже и отъ примѣрнаго перечисленія средствъ, считая виновнымъ всякаго, «кто подстрекнетъ другаго къ преступленію».

(¹) Рѣшеніе французскаго кассаціоннаго суда 16 Ноябр. 1844 и 5 Окт. 1857 г. Ср. F. Hélie, Théorie, I, № 200; Blanche, Etudes, I, № 87; Garraud, № 298.

(²) Оно напечатано въ архивѣ Goltdammer'а за 1878 г., № 2, стр. 97—121.

Нашъ сводъ законовъ, относя къ пособникамъ лицъ, соотвѣтствующихъ по своей дѣятельности подстрекателямъ, указывалъ только на слѣдующія средства воздѣйствія: наемъ, подкупъ, препорученіе; но составители уложенія пополнили этотъ перечень, называя подговорщиками всѣхъ тѣхъ, которые употребили просьбы, убѣжденія, подкупъ или обѣщаніе выгодъ, обольщенія и обманы, или же принужденія и угрозы, хотя, какъ было указано выше, самая общность употребленныхъ терминовъ заставляетъ смотрѣть на этотъ перечень, какъ на собраніе примѣровъ.

Редакціонная коммисія въ проектѣ приняла систему венгерскаго кодекса и отказалась отъ всякаго перечня, говоря: «прямо подстрекавшіе другихъ къ соучастію въ преступномъ дѣяніи». Приэтомъ слово «прямо», вызвавшее, впрочемъ, возраженія многихъ теоретиковъ и практиковъ, приславшихъ замѣчанія на проектъ, должно указывать, какъ говорится въ объяснительной запискѣ, на то, что подстрекательство возможно только какъ вовлеченіе въ опредѣленное преступленіе.

679. Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія теоретической, вопросъ объ отдѣльныхъ средствахъ подстрекательства могъ бы быть обойденъ молчаніемъ; но въ виду системы дѣйствующаго уложенія я остановлюсь на нѣкоторыхъ способахъ подстрекательства, возбуждающихъ въ теоріи и практикѣ сомнѣніе (1).

Такъ, на первомъ мѣстѣ наше уложеніе ставитъ просьбу. Г. Лохвицкій находитъ такое положеніе неправильнымъ, какъ излишне расширяющее понятіе подстрекательства; но я полагаю, что если, конечно, не всякая просьба можетъ быть признана подстрекательствомъ, то въ то же время могутъ быть въ жизни такія близкія отношенія, глубокая любовь, безграничная преданность, при которыхъ даже самой незначительной просьбы достаточно,

---

(1) Подробный разборъ отдѣльныхъ средствъ подстрекательства можно найти у Haus, № 488—504; Geyer въ Holtzendorf's Handbuch § 15; Жиряевъ, стр. 58—66; Carrara въ своей programme, § 442, сводитъ ихъ къ тремъ типамъ: le mandat—когда дѣяніе совершается въ интересахъ подстрекателя; le conseil—въ интересахъ исполнителя и la société—во взаимныхъ интересахъ.

чтобы подвинуть другаго или на геройскій подвигъ, или на преступленіе ([1]).

Подъ понятіе просьбы можетъ быть подводимо и порученіе. Если такое порученіе принимается и исполняется другимъ лицомъ, то несомнѣнно, что, хотя бы порученіе и не соединялось съ прямымъ обѣщаніемъ какихъ либо выгодъ или награды, оно, тѣмъ не менѣе, можетъ быть средствомъ вовлеченія ([2]).

За просьбою слѣдуетъ убѣжденіе, т. е. представленіе такихъ основаній, въ силу коихъ совершеніе какого либо дѣянія становится какъ бы обязательнымъ или необходимымъ для даннаго лица, объясненіе той пользы и выгодъ, которыя можно получить отъ даннаго дѣянія, или устраненіе сомнѣній и опасеній, возбуждавшихся у подстрекаемаго и т. д. Но понятно, что такое убѣжденіе тогда только составитъ подстрекательство, когда оно дѣйствительно является условіемъ, опредѣляющимъ дѣятельность другаго; простой же совѣтъ, указаніе, укрѣпленіе сложившейся рѣшимости, можетъ быть только пособничествомъ, а не подстрекательствомъ. Еще рѣже можно причислять сюда простое одобреніе, ratihabitio. Если оно относится къ плану, который былъ разсказанъ задумавшимъ, то одобреніе предполагаемой дѣятельности можетъ разсматриваться, какъ пособничество, какъ укрѣпленіе существующей рѣшимости, а одобреніе уже учиненнаго преступнаго дѣянія даже не подходитъ подъ понятіе соучастія.

Далѣе, ст. 13 указываетъ на подкупъ и обѣщаніе выгодъ, причемъ безразлично, были ли даны или обѣщаны деньги, или же какая либо иная выгода, мѣсто, выгодная должность и т. п.

Близко съ предшествующею формою соприкасается обольщеніе, такъ какъ и здѣсь предполагается склоненіе къ преступленію приманкою какого либо удовольствія, выгоды. Что касается обмана и соотвѣтствующаго ему въ западно-европейскихъ кодек-

---

([1]) Вторая часть статьи 403 уложенія назначаетъ наказаніе подчиненному, исполнившему приказаніе или желаніе начальника. Ср. Berner, Theilnahme, стр. 288, Geyer въ Handbuch, стр. 356.

([2]) Вопросъ о томъ, можетъ ли быть mandatum средствомъ подстрекательства, былъ еще болѣе спорнымъ въ средневѣковой доктринѣ, сближавшей его съ ученіемъ гражданскаго права. Ср. Жиряевъ, стр. 58 и сл.

сахъ возбужденія ошибки или пользованія ошибкою, то они только въ томъ случаѣ составляютъ подстрекательство, пока не парализуютъ психической дѣятельности исполнителя, или когда они относятся къ обстоятельствамъ, не устраняющимъ умышленности дѣйствія исполнителя, какъ, напр., обманъ по отношенію къ мотивамъ дѣятельности.

Сходно съ этимъ опредѣляется значеніе послѣдней формы, указанной въ ст. 13,—принужденія и угрозы, такъ какъ и они, въ высшемъ своемъ развитіи, исключаютъ вмѣненіе дѣянія исполнителю. Къ принужденію же нужно отнести и незаконный приказъ, исходящій отъ лица должностнаго или облеченнаго дисциплинарною властью (ст. 403, 1513—1515); наконецъ, сюда же нужно отнести злоупотребленіе властью, все равно, создается ли эта власть въ силу закона, какъ власть родителей, опекуна, начальника учебнаго заведенія, или въ силу тѣхъ особыхъ отношеній, которыя существовали между вовлеченнымъ и вовлекавшимъ.

680. Подстрекательство можетъ быть не только словесное и письменное, но и выраженное конклюдентными дѣйствіями. Просьба, приказъ, порученіе вполнѣ могутъ воплотиться въ извѣстныхъ дѣйствіяхъ и знакахъ; необходимо только доказать, что въ нихъ выразилась воля лица и эта воля была принята другимъ къ руководству (1).

Болѣе спорнымъ является вопросъ объ умолчаніи, какъ средствѣ подстрекательства (mandatum tacitum); но я полагаю, что одно молчаливое и безучастное присутствіе, какъ при совершеніи преступнаго дѣянія, такъ и при сговорѣ, не можетъ создать соучастія. Если, положимъ, говоритъ Бернеръ, дѣти, въ присутствіи отца, совѣщаются объ убійствѣ ихъ общаго фамильнаго врага и отецъ хранитъ при этомъ полное молчаніе, то хотя бы они, благо-

(1) Въ большинствѣ нѣмецкихъ учебниковъ въ примѣръ символическаго подстрекательства приводится разсказъ Ливія о Тарквиніи Гордомъ, къ которому сынъ его Секстъ прислалъ раба спросить: какъ прикажетъ онъ поступать съ плѣнными жителями города Габіи? Тарквиній, вмѣсто отвѣта, сталъ молча ходить по саду, сшибая палкой маковыя головки, возвышающіяся надъ другими; рабъ передалъ видѣнное и, по распоряженію Секста, наиболѣе вліятельные изъ плѣнныхъ были казнены.

даря значенію его авторитета, и полагали, что онъ одобряетъ ихъ планы, мы, тѣмъ не менѣе, не имѣемъ никакихъ основаній для признанія его подстрекателемъ. Развѣ только при исключительной обстановкѣ, извѣстное лицо, благодаря ряду предшествующихъ условій, изъ умолчанія можетъ вывести прямой приказъ къ дѣйствію; но при такой обстановкѣ молчаніе является конклюдентнымъ выраженіемъ воли [1].

681. Во всякомъ случаѣ для отвѣтственности за подстрекательство необходимо, чтобы выполненіе состояло въ причинномъ соотношеніи съ подговоромъ. Обыкновенно исполненіе немедленно слѣдуетъ за подговоромъ, своею непосредственностью какъ бы свидѣтельствуя о тѣсной связи дѣйствій обоихъ виновныхъ; но такая непосредственная связь во времени не составляетъ однако необходимаго условія. Если между подговоромъ и исполненіемъ прошло не только нѣсколько часовъ, но дней и даже недѣль, то и тогда возбужденіе можетъ не утратить характера подстрекательства; иногда даже протеченіе извѣстнаго промежутка времени является необходимымъ условіемъ выполненія дѣянія, когда, напр., дѣяніе должно быть выполнено въ отдаленной мѣстности, послѣ наступленія извѣстнаго событія, послѣ сложныхъ подготовительныхъ дѣйствій и т. д. Съ другой стороны, конечно, трудно признать подстрекательство, если подговоръ былъ осуществленъ спустя долгое время, по истеченіи нѣсколькихъ лѣтъ, такъ что подстрекатель и забылъ о подговорѣ. Судья долженъ тщательно разсмотрѣть, дѣйствительно ли существовала причинная связь въ данномъ случаѣ между подговоромъ и совершеннымъ преступленіемъ.

682. Подстрекатель, какъ и пособникъ, выполняетъ дѣяніе черезъ другаго; поэтому и для него, какъ было указано выше,

---

(1) Подстрекательство предполагаетъ прямое направленіе воли подстрекаемаго на данное дѣяніе; но, конечно, можно себѣ представить, хотя и въ видѣ исключенія, что лицо, зная свойства характера другаго, направляетъ его къ противоположному, разсчитывая, что чрезъ это вѣрнѣе достигнется желаемое; но несомнѣнно, что въ этихъ случаяхъ будетъ крайне затруднительно, а иногда и невозможно доказать истинное намѣреніе воздѣйствовавшаго.

*

центральнымъ пунктомъ является учиненное исполнителемъ. Подговоръ есть тотъ актъ, благодаря коему подстрекатель вкладывается въ соучастіе; но отвѣчаетъ онъ, какъ соучастникъ, не за этотъ подговоръ, а за то, что было выполнено исполнителемъ, въ силу этого подговора (1).

Если же центръ виновности подстрекателя заключается въ дѣяніи, учиненномъ подговореннымъ, то самый подговоръ можетъ быть разсматриваемъ только какъ пріисканіе средствъ или приготовленіе. Поэтому, юридическое значеніе такой подговоръ можетъ имѣть или въ тѣхъ дѣяніяхъ, относительно коихъ законъ наказываетъ и приготовленіе, или же когда такой подговоръ является на столько опаснымъ, что даже если онъ и не вызвалъ никакихъ преступныхъ послѣдствій, государство, все таки, подвергаетъ подговаривавшаго наказанію.

683. Если подговоръ удавшійся, принятый тѣмъ къ кому онъ относился, представляется самъ по себѣ приготовленіемъ къ преступному дѣянію, то понятно, что попытка подговора, почему либо не удавшаяся, будетъ только не выполненнымъ, не удавшимся приготовленіемъ. Самая неудача подговора можетъ зависѣть отъ весьма различныхъ причинъ: или а) подговоренный вполнѣ согласился на подговоръ, усвоилъ преступное намѣреніе, но не успѣлъ его выполнить; или б) подговоренный, согласившись, затѣмъ отказался отъ всякаго участія въ преступномъ дѣяніи; или в) подговоръ упалъ на каменистую почву и не далъ всхода,—подговариваемый остался непреклоннымъ; или же г) наконецъ, подговоръ оказался излишнимъ, такъ какъ под-

---

(1) Такъ и нашъ сенатъ, въ рѣшеніи по дѣлу Титова ($^{75}/_{289}$), нашелъ, что для опредѣленія наказанія за подстрекательство необходимо, чтобы дѣйствіе подстрекателя имѣло послѣдствіе. Это вытекаетъ, замѣчаетъ онъ, какъ изъ общаго смысла закона, опредѣляющаго отвѣтственность только за преступный умыселъ, выразившійся во внѣшнихъ дѣйствіяхъ подстрекателя, такъ и изъ буквальнаго смысла ст. 11, въ которой подстрекательство упомянуто въ числѣ видовъ участія въ преступленіи содѣянномъ. То же повторено въ рѣшеніяхъ по дѣламъ: Андреева ($^{71}/_{1077}$), Войникова ($^{71}/_{1309}$) и Коваленко ($^{75}/_{666}$), а въ рѣшеніи по дѣлу Плескова ($^{74}/_{390}$), сенатъ прямо указалъ, что одно подстрекательство, при несогласіи на выполненіе физическаго виновника, ни въ какомъ случаѣ не можетъ считаться покушеніемъ.

говоренный и безъ того уже рѣшился на учиненіе преступнаго дѣянія (1).

Во всѣхъ этихъ случаяхъ, съ точки зрѣнія того преступнаго дѣянія, къ которому подговаривало данное лицо, этотъ не удавшійся подговоръ, или, какъ называлъ его проф. Жиряевъ, подстреканіе является простымъ обнаруженіемъ умысла и, слѣдовательно, можетъ быть наказуемо только въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, гдѣ наказуема одна голая злая воля (2).

Но, конечно, это не исключаетъ само по себѣ возможности иногда признать наказуемымъ и такое обнаруженіе преступной воли, какъ самостоятельное преступное дѣяніе. Подобно тому какъ уголовные кодексы наказываютъ бродягъ и нищихъ, у коихъ оказались отмычки, фальшивые ключи, наказываютъ лицъ, захваченныхъ въ чужомъ лѣсу съ орудіями, пригодными для рубки, такъ въ силу той же опасности для правоохраненнаго интереса можетъ быть наказанъ и виновный въ неудавшейся попыткѣ склонить кого либо къ учиненію преступнаго дѣянія.

684. До послѣдняго времени въ законодательствахъ постановленія о наказуемости не удавшагося подстрекательства встрѣчались только при преступленіяхъ политическихъ; такъ, напр., по французскому кодексу (§ 89) наказывается предложеніе сдѣланное, но не принятое составить заговоръ (proposition faite et non agréé de former un complot) съ цѣлью посягнуть на личность главы государства, или возстать противъ существующаго образа правленія.

---

(1) См. обзоръ этого ученія у Geyer въ Holtzendorf's Handbuch, § 11; Arnold, misslungene Anstiftung zum Verbrechen, въ Gerichtssaal за 1859 г., стр. 126.

(2) Нельзя, впрочемъ, не замѣтить, что многіе писатели, защищавшіе субъективное воззрѣніе на сущность покушенія, признавали покушеніемъ и не удавшееся подстрекательство на томъ основаніи, что изъ такого дѣйствія можно ясно распознать злую волю, ея направленіе и энергію; но противъ этой попытки можно привести всѣ тѣ возраженія, какія были сдѣланы выше противъ субъективной теоріи, а въ данномъ случаѣ можно даже прибавить, что подстрекатель не только не воспроизводилъ состава даннаго преступленія, но и не могъ воспроизвести. Ср. любопытные примѣры изъ практики нашего главнаго военнаго суда въ моемъ курсѣ, III, № 473, пр. 317.

Но въ недавнее время эта область получила значительное расширеніе. Въ 1874 г. въ Бельгіи было возбуждено уголовное преслѣдованіе противъ нѣкоего Duchesne, обвиняемаго въ томъ, что онъ предлагалъ, хотя и безуспѣшно, парижскому архіепископу свои услуги для убійства канцлера германской имперіи князя Бисмарка. Судъ въ Liège прекратилъ преслѣдованіе на томъ основаніи, что не удавшееся подстрекательство не наказуемо; но, благодаря настоянію германскаго правительства, въ томъ же году былъ возбужденъ законодательный вопросъ о наказуемости случаевъ этого рода и, послѣ жаркихъ дебатовъ въ законодательномъ собраніи, былъ принятъ законъ 7 Іюля 1875 г., на основаніи коего подлежитъ тюремному заключенію отъ 3-хъ мѣсяцевъ до 5 лѣтъ и штрафу отъ 50—500 франковъ всякое лицо, которое предложитъ совершить или будетъ побуждать другаго совершить или участвовать въ преступленіи, караемомъ смертною казнью или каторжными работами, а равно и тотъ, кто приметъ такое предложеніе; къ этому законъ прибавляетъ, что словесное предложеніе наказуемо только въ томъ случаѣ, когда оно сопровождалось подарками или обѣщаніями (¹).

Еще далѣе пошло германское законодательство въ новеллѣ 26 Февраля 1876 г. (²), которая постановляетъ (§ 49 a), что кто возбуждаетъ другаго къ учиненію преступленія или къ участію въ немъ и кто принимаетъ такое предложеніе, тотъ наказывается (если законъ не назначаетъ болѣе строгой отвѣтственности) или тюрьмою не ниже 3-хъ мѣсяцевъ, если преступленіе влечетъ смертную казнь или Zuchthaus, или же тюрьмою или крѣпостью до 2-хъ лѣтъ, при всѣхъ другихъ преступленіяхъ; тому же наказанію подлежитъ и тотъ, кто предложитъ свои услуги для совершенія преступленія, или же приметъ такое предложеніе; но если возбужденіе или предложеніе были сдѣланы на словахъ, то для наказуемости необходимо, чтобы съ ними соединялось обѣщаніе какихъ либо выгодъ.

(¹) Всѣ данныя, касающіяся этого закона, приведены въ Législation criminelle de la Belgique, par J. Nypels.

(²) Ср. Stemann, über das Anerbieten zur Begehung eines Verbrechens und die Annahme dieses Anerbietens, въ Gerichtssaal за 1876 г., стр. 266—277; Schwarze, die Strafrechtsnovelle und der Reichstag, тамъ же, стр. 367—385.

Такимъ образомъ, новелла, какъ и бельгійскій законъ, идетъ гораздо далѣе наказуемости простаго подстреканія, а потому ссылки въ защиту новеллы, которыя дѣлались въ Reichstag'ѣ на авторитеты Кестлина, Гельшнера, Гейба, представляются по меньшей мѣрѣ не точными, такъ какъ въ полномъ своемъ объемѣ это постановленіе противорѣчитъ самымъ элементарнымъ положеніямъ наиболѣе популярныхъ нѣмецкихъ учебниковъ.

Въ особенности противорѣчитъ усвоеннымъ наукою началамъ о наказуемости за проявленіе преступной воли во внѣ установленная новеллою отвѣтственность за непринятое предложеніе преступныхъ услугъ, въ коемъ нѣтъ даже попытки приготовленія, а содержится простое заявленіе о преступныхъ наклонностяхъ, стремленіяхъ, стоящихъ внѣ человѣческаго правосудія. Почему же въ такомъ случаѣ не наказывать всякое проявленіе злаго умысла, въ чемъ бы оно ни заключалось? Какое широкое поле для судейскаго произвола, для самыхъ невѣроятныхъ обвиненій, въ особенности тамъ, гдѣ къ обвиненію присоединятся политическія страсти [1]!

685. По нашему уложенію, неудавшееся подстрекательство наказывается при политическихъ преступленіяхъ, а именно: при посягательствѣ на личность Государя Императора и Членовъ Царствующаго Дома, причемъ ст. 243 смотритъ на «предложеніе другому принять участіе въ семъ преступленіи», какъ на обнаруженіе умысла, хотя и назначаетъ за это смертную казнь.

Сверхъ сего, о случаяхъ этого рода говоритъ ст. 1548 уложенія, которая постановляетъ: «когда угрозы на кого бы то ни было имѣли цѣлью принудить угрожаемаго къ какому либо противозаконному дѣянію, то грозившій подвергается: наказаніямъ, въ законахъ опредѣленнымъ за покушеніе на то противозаконное дѣяніе, если они строже положенныхъ за угрозу сего рода».

Законъ при этомъ отнюдь не требуетъ, чтобы тотъ, кому угрожаютъ, выполнилъ преступное дѣяніе или покушался на него; ст. 1548 относится только къ неудавшемуся подстрекательству. Угроза должна имѣть въ виду причиненіе зла личности или иму-

---

[1] Ср. по этому вопросу Hälschner, стр. 409.

ществу, съ тѣмъ, чтобы угрожаемое зло было противозаконное, а самая опасность, изъ угрозы возникающая, была реальная, а не кажущаяся.

Такимъ образомъ, уложеніе наказываетъ не за всякое не удавшееся подстрекательство, а только за одну угрозу, не распространяя отвѣтственности на подкупъ, обольщеніе и т. п. Самая же наказуемость представляется весьма суровою: какъ угроза, такъ и принужденіе къ убійству, влечетъ каторгу, хотя бы въ дѣйствительности никакой опасности для предположенной жертвы и не произошло.

686. Нѣсколько особнякомъ стоитъ подстрекательство, не удавшееся потому, что подговариваемый и помимо того уже рѣшился на совершеніе преступнаго дѣянія; въ этомъ случаѣ, по моему мнѣнію, необходимо различать нѣсколько оттѣнковъ. Если у кого нибудь мелькала мысль о преступленіи, если онъ находился въ такихъ условіяхъ, что готовъ былъ рѣшиться на всякое преступленіе, и такимъ его состояніемъ воспользовалось третье лицо, окончательно убѣдившее или обольстившее его, то это послѣднее лицо можетъ быть признано подстрекателемъ. Если подговариваемый рѣшился уже на преступленіе, но подговоръ только укрѣпилъ его рѣшимость, рѣшившійся извлекъ изъ него полезныя свѣдѣнія, указанія, то подговаривающій можетъ считаться интеллектуальнымъ пособникомъ. Наконецъ, если подговоръ не имѣлъ никакого значенія, и подговорившій, кромѣ этой безплодной попытки, не принималъ другаго участія въ преступномъ дѣяніи, ни физическаго, ни психическаго, то, казалось бы, его нельзя признавать соучастникомъ.

687. Ставя подстрекателей и пособниковъ какъ бы дополнительными типами соучастниковъ, зависящими отъ юридической характеристики дѣятельности исполнителей, мы, по необходимости, встрѣчаемся съ весьма любопытнымъ вопросомъ о значеніи несоотвѣтствія между тѣмъ, что предполагалось соучастниками, и тѣмъ, что выполнено физическими виновниками или, употребляя терминъ, усвоенный въ германской литературѣ, съ вопросомъ о значеніи эксцессовъ исполнителя.

Вопросъ этотъ, конечно, имѣетъ одинаковое значеніе какъ по отношенію къ подстрекателю, когда выполненное вовлеченнымъ не соотвѣтствуетъ тому, во что вовлекалъ подговорщикъ, такъ и по отношенію къ пособнику, когда учиненное не соотвѣтствуетъ тому, чему предполагалось оказать помощь и содѣйствіе; но для упрощенія обзора этого ученія я буду говорить главнымъ образомъ только объ эксцессахъ подстрекнутаго по отношенію къ подстрекателю.

Обращаясь же къ существу вопроса, я полагаю, что правильное его рѣшеніе можетъ быть сдѣлано по аналогіи вмѣненія учиненія дѣянія одиночному дѣятелю, имѣя притомъ въ виду два разсмотрѣнныя выше положенія: въ 1-хъ, что для вмѣненія въ вину, и притомъ въ вину умышленную, вовсе не требуется тождества предположеннаго и учиненнаго, а только сходство до извѣстныхъ предѣловъ, и во 2-хъ, что привходящая умышленная дѣятельность лица имѣетъ значеніе самостоятельной силы, а потому и прерываетъ, внѣ условій соглашенія и общности вины, причинное соотношеніе наступившаго результата съ первоначальною дѣятельностью лица.

688. Въ виду этого, вопросъ объ эксцессахъ исполнителя представляется далеко не однороднымъ, въ немъ необходимо различать нѣсколько оттѣнковъ.

Если отклоненіе не есть продуктъ сознательной и волимой дѣятельности исполнителя, а произошло вслѣдствіе развитія послѣдствій его дѣятельности, происходящей отъ разнообразныхъ извнѣ приходящихъ условій, то измѣнившееся преступное дѣяніе вмѣняется и подстрекателю. Такимъ образомъ, если кто либо подговорилъ другаго вырвать кому либо глазъ, подговоренный выполнилъ подговоръ, а изувѣченный вслѣдствіе этого увѣчья умеръ, и если, далѣе, по закону увѣчье, сопровождавшееся смертью, составляетъ новый квалифицированный видъ тѣлеснаго поврежденія, то и подстрекатель отвѣчаетъ за этотъ квалифицированный видъ. То же нужно сказать объ обстоятельствахъ мѣста и времени совершенія, о присутствіи при совершеніи дѣянія другихъ лицъ: насколько эти обстоятельства вліяютъ на отвѣтственность независимо отъ сознанія и воли дѣйствующаго, они несомнѣнно вліяютъ и на отвѣтственность подстрекателя.

Далѣе, точно также не всегда устраняютъ вмѣненіе подстрекателю учиненнаго и измѣненія, сдѣланныя исполнителемъ сознательно и волимо. Во 1-хъ, вмѣненіе остается, если учиненное дѣйствіе, implicite, заключается въ подговорѣ. На этомъ основаніи, подговорившій къ убійству отвѣчаетъ и за покушеніе на него или за приготовленіе, если только таковое выполнено исполнителемъ; подговарившій къ кражѣ со взломомъ отвѣчаетъ за эту кражу, хотя и выполненную физическимъ виновникомъ безъ взлома, и т. д. На этомъ же основаніи, конечно, лицо, подстрекавшее альтернативно къ нѣсколькимъ преступнымъ дѣяніямъ, отвѣчаетъ за каждое изъ нихъ, въ дѣйствительности выполненное подстрекнутымъ [1]; во 2-хъ, подстрекатель отвѣчаетъ, если измѣненное, хотя и не было прямо желаемо имъ, но было допускаемо, такъ что онъ относился къ этому безразлично, при чемъ наличность такого допущенія можетъ быть выведена не только изъ прямыхъ заявленій подстрекателя, но изъ всѣхъ условій и обстановки подговора, когда измѣненіе съ бо́льшею или меньшею необходимостью, по естественному ходу событія, вытекало изъ той дѣятельности, къ которой онъ подговаривалъ. Такимъ образомъ, лицо, подговорившее кого либо учинить кражу изъ запертой кладовой, отвѣчаетъ и за взломъ, учиненный для этой кражи исполнителемъ; въ 3-хъ, подстрекатель отвѣчаетъ, если измѣненіе относилось къ не существеннымъ условіямъ дѣятельности, не измѣняющимъ существа умышленной виновности, какъ, напр., измѣненіе предположеннаго мѣста или времени дѣйствія и, даже, въ бо́льшей части случаевъ, измѣненіе предположенныхъ средствъ и способовъ дѣйствія; подобному тому, какъ мы считаемъ убійцею человѣка, который сбросилъ другаго въ воду, желая его утопить, хотя бы смерть произошла не отъ утопленія, а оттого, что брошенный ударился головою о камень, бывшій подъ водою, точно такъ же мы признаемъ подстрекателемъ къ убійству того, кто подговорилъ дру-

---

(1) По этимъ же соображеніямъ, ошибка при выполненіи преступнаго дѣянія (aberratio delicti) или ошибка въ объектѣ (error in objecto) вмѣняются подстрекателю по тѣмъ же началамъ, какія были указаны выше относительно вмѣненія ихъ физическому дѣятелю. Лицо, подговорившее убить своего врага, отвѣчаетъ за подговоръ къ умышленному убійству, хотя подговоренный по ошибкѣ убилъ не своего врага, а третье лицо.

гаго застрѣлить кого либо, а подговоренный, давшій промахъ изъ пистолета, зарѣзалъ или задушилъ жертву. Мало того, такъ какъ при соучастіи непосредственнымъ средствомъ исполненія является не неодушевленный предметъ, а сознательно дѣйствующее лицо, то понятно, что при подстрекательствѣ или вообще при соучастіи подробности исполненія не опредѣляются заранѣе, а представляются на усмотрѣніе исполнителей: планъ дѣйствія опредѣляется только въ общихъ чертахъ, такъ что приступившій къ соучастію соглашается какъ бы на всякіе пріемы и дѣйствія исполнителя (1).

Наконецъ, если сознательно учиненное исполнителемъ отклоненіе относится къ существеннымъ условіямъ дѣятельности и по отношенію къ нему нельзя установить ни прямаго, ни даже косвеннаго согласія подстрекателя, въ особенности, если оно противорѣчило прямо выраженной имъ волѣ, то это измѣненіе и не можетъ быть поставлено въ вину подстрекателю, такъ что если это измѣненіе дѣлало учиненное квалифицированнымъ преступнымъ дѣяніемъ, то подстрекатель отвѣчаетъ только за простое; если же оно придавало учиненному характеръ преступнаго дѣянія совершенно инаго рода, то подстрекатель отвѣчаетъ только за подговоръ, а не за то, что было дѣйствительно учинено. Такимъ образомъ, если подстрекатель подговорилъ къ кражѣ, а подговоренный въ томъ же домѣ и въ томъ же мѣстѣ совершилъ изнасилованіе, то, конечно, таковое не можетъ быть поставлено въ вину подстрекателю, хотя бы даже можно было доказать, что виновный не совершилъ бы

---

(1) Такъ, по дѣлу Цукермана ($^{73}/_{45}$), по поводу жалобы его на то, что онъ признанъ подстрекателемъ къ лжесвидѣтельству подъ присягою, хотя въ вопросахъ о его виновности этого послѣдняго признака указано не было, сенатъ нашелъ, что подговоръ къ лжесвидѣтельству на судѣ такого лица, которое можетъ и обязано по закону давать свои показанія на судѣ подъ присягою, долженъ влечь за собою наказаніе для подговорщика за соучастіе въ томъ преступленіи, которое было дѣйствительно совершено по его подговору. Въ другомъ рѣшеніи, по дѣлу Левтѣева ($^{76}/_{217}$), сенатъ высказалъ такое положеніе: подговорщикъ подлежитъ отвѣтственности и за всѣ отягчающія послѣдствія своего подговора или подстрекательства, которыя, не составляя самостоятельнаго преступленія, отдѣльнаго отъ того, на которое былъ учиненъ подговоръ, относятся только къ способамъ совершенія этого преступленія, если не будетъ признано, что въ самомъ подговорѣ заключались опредѣленныя ограниченія, которымъ исполнитель преступленія не захотѣлъ подчиниться по личнымъ своимъ побужденіямъ.

изнасилованія, если бы ранѣе не согласился на кражу и тѣмъ не заглушилъ въ своей душѣ послѣдніе остатки совѣсти, уваженія къ закону, и т. п.; для подстрекательства необходимо склоненіе къ определенному дѣянію, а не возбужденіе преступныхъ наклонностей вообще.

689. Возможность учиненія преступнаго дѣянія нѣсколькими лицами, конечно, можно представить при всякомъ преступномъ дѣяніи, какъ важномъ, такъ и маловажномъ, какъ при содѣяніи, такъ и при бездѣйствіи; мы можемъ себѣ представить подстрекательство къ неявкѣ на судъ въ качествѣ свидѣтеля или пособничество, напр., куренію въ недозволенномъ мѣстѣ. Единственное исключеніе, по моему мнѣнію, составляютъ тѣ дѣянія, которыя, по природѣ своей, устраняютъ возможность общенія въ винѣ, т. е. причиненіе вреда по неосторожности.

Но иначе, конечно, ставится этотъ вопросъ въ законодательствахъ; такъ же какъ и при покушеніи, по соображеніямъ уголовной политики, законодатель можетъ при маловажныхъ дѣяніяхъ ограничиться только наказуемостью непосредственныхъ виновниковъ.

Такъ, по code pénal, правила о соучастіи примѣняются только при crimes и délits, а при contraventions наказываются только исполнители, за исключеніемъ нѣкоторыхъ, особо указанныхъ, случаевъ (¹).

Германское уложеніе держится въ этомъ отношеніи нѣсколько иного начала, распространяя постановленія о совиновничествѣ и пострекательствѣ и на нарушенія; но и оно не примѣняетъ къ послѣднимъ постановленія о пособничествѣ.

Наше дѣйствующее уложеніе не содержитъ никакихъ постановленій по этому предмету, такъ что его постановленія о соучастіи примѣнимы ко всѣмъ дѣяніямъ безъ изъятія; уставъ же о наказаніяхъ, упростивъ дѣленіе соучастниковъ на виды, не коснулся этого вопроса.

Напротивъ того, проектъ уголовнаго уложенія содержитъ пря-

(¹) Ср. Garraud, № 292.

мое постановленіе, что изъ соучастниковъ нарушенія наказываются только лица, участвовавшія въ его выполненіи, а подстрекатели и пособники наказываются только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ.

690. Конечно, во всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ соучастіе является только возможною или факультативною формою виновничества; законный составъ каждаго изъ нихъ можетъ быть выполненъ и однимъ виновнымъ. Но существуютъ и такія дѣянія, которыя могутъ быть выполняемы только при наличности нѣсколькихъ соучастниковъ, причемъ это условіе можетъ зависѣть или отъ юридической природы даннаго преступнаго дѣянія, или отъ обрисовки, данной ему законодателемъ; новая германская литература придала этимъ случаямъ особое названіе необходимаго соучастія (concursus necessarius) (1).

Если, конечно, распространять понятіе соучастія на всякое совпаденіе въ дѣятельности, то количество случаевъ такого рода будетъ довольно значительно; но если понимать подъ соучастниками общниковъ въ винѣ, то, наоборотъ, число подобныхъ дѣяній окажется весьма ограниченнымъ.

Въ самомъ дѣлѣ, къ группѣ этихъ дѣяній относятъ, напр., кровосмѣшеніе, прелюбодѣяніе, мужеложство; конечно, учиненіе этихъ дѣяній предполагаетъ наличность двухъ лицъ; но всегда ли эти лица будутъ соучастниками въ юридическомъ смыслѣ? Развѣ мы не можемъ себѣ представить мужеложство съ недѣеспособнымъ или кровосмѣшеніе съ лицомъ, и не подозрѣвавшимъ о существова-

---

(1) Изслѣдованію этой формы соучастія посвящена объемистая монографія Schütze, die nothwendige Theilnahme, 1869 г.; у него изложена и исторія этого ученія (стр. 31—74), хотя онъ самъ прибавляетъ, что до нынѣшняго столѣтія этотъ вопросъ не встрѣчался ни въ законодательствахъ, ни въ доктринѣ, ни въ практикѣ; затѣмъ онъ укоренился въ нѣмецкихъ учебникахъ, но теперь начинаетъ исчезать и изъ нихъ. Schütze различаетъ даже 5 теорій постановки этого ученія; самъ онъ дѣлитъ это соучастіе на два вида: во 1-хъ, когда участники, выходя изъ разныхъ точекъ, встрѣчаются въ одной цѣли, напр., дуэль (Sichbegegnendeszusammenwirken), и во 2-хъ, когда они дѣйствуютъ въ одномъ направленіи (Nebeneinanderlaufendeszusammenwirken); онъ даже счелъ необходимымъ пояснить графически свои подраздѣленія, а проф. Будзинскій, начала, № 210, нашелъ нужнымъ срисовать эти безполезные схоластическіе рисунки.

нія кровной связи съ другимъ участникомъ, когда, слѣдовательно, предъ закономъ уголовно отвѣтственнымъ виновникомъ будетъ одно лицо. Далѣе, къ числу такихъ дѣяній относятъ дуэль; дѣйствительно, дуэль опредѣляется, какъ бой между двумя лицами; но всегда ли эти лица будутъ соучастниками? Если мы представимъ себѣ, что дуэль окончилась нанесеніемъ тяжкой раны одному изъ дуэлянтовъ, то, напр., по нашему уложенію это отягчающее обстоятельство будетъ вмѣнено только нанесшему таковую рану, а не обоимъ противникамъ, какъ слѣдовало бы по правиламъ о соучастіи. Такимъ образомъ, остается весьма немного преступныхъ дѣяній, которыя, по ихъ юридической конструкціи, а всего чаще по закону, предполагаютъ наличность двухъ или болѣе лицъ; таковы, напр., случаи неповиновенія законнымъ распоряженіямъ власти, учиненнаго нѣсколькими лицами (ст. 273), тяжкіе виды возстанія и сопротивленія властямъ и т. п.

При этомъ нельзя не прибавить, что и въ этихъ случаяхъ необходимое соучастіе ни по существу своему, ни по типамъ участвующихъ лицъ, ничѣмъ не отличается отъ соучастія факультативнаго.

691. Дальнѣйшій весьма существенный вопросъ въ ученіи о соучастіи составляетъ наказуемость соучастниковъ. Въ этомъ отношеніи, прежде всего, надо имѣть въ виду, что при соучастіи мы различаемъ два момента развивающейся дѣятельности соучастниковъ: соглашеніе, объединеніе участвующихъ и самое выполненіе ими задуманнаго; иногда оба эти акта могутъ сливаться во времени, а иногда они могутъ быть отдѣляемы другъ отъ друга болѣе или менѣе значительнымъ промежуткомъ времени. Какое же значеніе, съ точки зрѣнія наказуемости, имѣетъ самый актъ соглашенія, отдѣльно взятый?

Отвѣтъ на это дается двоякій: одни видятъ въ сговорѣ или въ составленіи шайки покушеніе, другіе—приготовленіе.

Съ первымъ взглядомъ едва ли можно согласиться. Какъ бы подробно и обстоятельно ни совѣщались между собою обвиняемые относительно, напр., предположеннаго ими убійства, это совѣщаніе все-таки не составляетъ дѣйствительной попытки лишить кого либо жизни, не заключаетъ въ себѣ начала осуществленія

преступнаго намѣренія, подобно тому, какъ мы не можемъ признать покушеніемъ составленіе преступнаго плана отдѣльнымъ лицомъ, хотя бы этотъ планъ и былъ окончательно сформированъ.

Но такое соглашеніе, по моему мнѣнію, можетъ быть уподоблено приготовленію, такъ какъ склоненіе другаго лица или соглашеніе съ другими можетъ быть признано аналогичнымъ съ пріисканіемъ или приспособленіемъ средствъ.

Отсюда вытекаетъ, что, подобно приготовленію, составленіе сообщества или шайки можетъ быть наказуемо только въ случаяхъ, особо въ законѣ указанныхъ.

Это воззрѣніе принято и во всѣхъ новыхъ кодексахъ, которые наказываютъ простой сговоръ, главнымъ образомъ при политическихъ преступленіяхъ, а составленіе шаекъ, сверхъ того, и при важнѣйшихъ преступленіяхъ противъ личности, равно какъ и при преступленіяхъ общеопасныхъ.

Дѣйствующее уложеніе также наказываетъ составленіе заговора и составленіе сообщества главнымъ образомъ при преступленіяхъ государственныхъ и противъ порядка управленія, а по отношенію къ шайкамъ допускаетъ отвѣтственность за составленіе таковыхъ: для разбоя, зажигательства, дѣланія или привоза фальшивыхъ денегъ, ассигнацій, кредитныхъ или иныхъ государственныхъ бумагъ, кражи, мошенничества, дѣланія фальшивыхъ документовъ, контрабанды, провоза питей, запрещенной игры и подкупа должностныхъ лицъ.

Проектъ уголовнаго уложенія въ общей части вообще говоритъ, что участіе въ сообществѣ или шайкѣ наказывается только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ.

692. Сообщество или шайка считаются образовавшимися, какъ скоро дѣйствительно состоялось соглашеніе на одно или нѣсколько преступныхъ дѣяній. Однихъ разсужденій о необходимости составить сообщество или споровъ объ условіяхъ возможности его возникновенія и дѣятельности недостаточно для признанія соглашенія состоявшимся: подобно тому, какъ и для приготовленія, требуется не одно пріискиваніе, но пріисканіе средствъ.

Членами сообщества или шайки могутъ быть не только участвовавшіе при самомъ ихъ зарожденіи, сформированіи, но и всѣ

сознательно и добровольно вступившіе въ сообщество или шайку, уже сформировавшіяся, сознательно примкнувшіе къ нимъ. Поэтому одно нахожденіе въ шайкѣ не дѣлаетъ находившагося ея участникомъ. Такъ, не говоря уже о лицахъ недѣеспособныхъ, находящихся въ шайкѣ, напр., о дѣтяхъ, изъ ея членовъ должны быть исключены всѣ лица, сопровождавшія шайку въ силу принужденія, хотя бы даже они исполняли при ней какія либо обязанности. Точно также, далѣе, должны быть исключены изъ сообщниковъ всѣ лица, хотя и слѣдующія, напр., за шайкою добровольно, но не въ качествѣ ея членовъ, а въ силу близкихъ личныхъ отношеній къ ея членамъ, какъ, напр., жены, любовницы: онѣ могутъ быть признаны недоносительницами, но не членами шайки.

Отвѣтственность за участіе въ сговорѣ или шайкѣ возможна только тогда, когда предположенное не совершилось; въ противномъ же случаѣ, отвѣтственность за учиненное дѣяніе поглощаетъ отвѣтственность за самый сговоръ, какъ это, между прочимъ, устанавливаетъ и ст. 927 нашего уложенія.

Далѣе, и въ тѣхъ случаяхъ, когда замышленное дѣяніе хотя и было выполнено, но нѣкоторые изъ соучастниковъ не принимали никакого участія въ самомъ выполненіи ни въ качествѣ исполнителей, ни въ качествѣ пособниковъ или подстрекателей, они должны отвѣчать только за участіе въ соглашеніи.

693. Обратимся къ отвѣтственности лицъ, принявшихъ участіе въ самомъ совершеніи замышленнаго дѣянія.

Установленіе того положенія, что каждый изъ соучастниковъ отвѣчаетъ за все учиненное полностью, не предрѣшаетъ еще вопроса о сравнительной мѣрѣ наказуемости различныхъ типовъ участниковъ, и отвѣты на это представляются весьма различными.

Такъ, по французскому праву, соучастники наказываются, какъ и самые виновники, причемъ это положеніе нѣсколько смягчается, во 1-хъ, правомъ суда или присяжныхъ признавать каждаго подсудимаго заслуживающимъ снисхожденія и уменьшеніемъ на этомъ основаніи отвѣтственности, и, во 2-хъ, спеціальными постановленіями о нѣкоторыхъ отдѣльныхъ преступленіяхъ, напр., о соучастіи при служебномъ подлогѣ, возстаніи и т. п., хотя нельзя не прибавить, что система французскаго кодекса вызывала порицанія среди

французскихъ криминалистовъ ([1]) и въ полномъ объемѣ не была принята даже кодексами, всего ближе державшимися французскаго образца, напр., бельгійскимъ уложеніемъ 1867 года.

Напротивъ того, по кодексу германскому (§ 49) подстрекатели и исполнители наказываются наравнѣ; но для пособниковъ наказаніе всегда уменьшается и, притомъ, по тѣмъ же правиламъ, какія установлены для покушенія. Такую же систему уменьшенной отвѣтственности пособниковъ принимаютъ кодексы венгерскій и голландскій.

По нашему дѣйствующему праву ([2]), вопросъ объ отвѣтственности соучастниковъ поставленъ въ зависимость отъ самыхъ видовъ соучастія.

Такъ, при скопѣ главные виновные приговариваются къ высшей мѣрѣ наказанія, за то преступленіе положеннаго, а мѣра наказанія участниковъ опредѣляется по мѣрѣ оказаннаго каждымъ изъ нихъ содѣйствія въ учиненіи преступленія, одною или двумя степенями ниже противъ главныхъ виновныхъ.

При сговорѣ зачинщики и подговорщики приговариваются къ высшей мѣрѣ того наказанія, которое въ законѣ за данное преступленіе положено. Сообщники же, съ точки зрѣнія ихъ наказуемости, раздѣляются на двѣ группы: 1) сообщниковъ, дѣйствительно принимавшихъ участіе въ совершеніи преступленія, и сообщниковъ, только согласившихся, но не участвовавшихъ въ исполненіи. Первые подлежатъ обыкновенному наказанію, за данное дѣяніе положенному, а вторые, если они не находились на мѣстѣ случайно и по не зависѣвшимъ отъ нихъ обстоятельствамъ, приговариваются одною степенью ниже.

([1]) Ср. въ особенности Rossi, Traité, ch. XXXV; F. Hélie, I, № 282; Haus. Въ защиту системы кодекса—Бланшъ, Etudes, № 8, Trébutien. Подробно разобранъ вопросъ о наказуемости соучастниковъ по французскому праву у Garraud, № 306.

([2]) Сводъ законовъ (ст. 129—130 по изд. 1842 г.) постановлялъ: «во всѣхъ преступленіяхъ, если въ законѣ не постановлено особаго изъятія, зачинщикъ или главный виновникъ и такъ называемые въ законѣ пущіе подлежатъ наказанію тягчайшему, нежели соучастники, слѣдовавшіе ихъ примѣру или приказанію»,—но изъ этого правила дѣлались изъятія при нѣкоторыхъ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ.

Точно также и пособники раздѣляются на необходимыхъ и не необходимыхъ. Первые наказываются наравнѣ съ учинившими преступленіе, а послѣдніе одною степенью ниже, причемъ различіе обоихъ типовъ можетъ быть установлено только судомъ, рѣшающимъ дѣло по существу.

Въ особенной части уложеніе, впрочемъ, иногда отступаетъ отъ этой системы и притомъ, или назначая всѣмъ соучастникамъ одинаковое наказаніе, какъ, напр., при политическихъ преступленіяхъ или, наоборотъ, допуская еще бо́льшее различіе по наказуемости между главными виновными и участниками (1).

Проектъ принимаетъ общее положеніе, что соучастники подлежатъ наказанію за учиненное ими преступное дѣяніе въ законѣ положенному; но для пособника, коего помощь была несущественна, наказаніе опредѣляется въ порядкѣ, статьею 45 установленномъ. Признаніе наличности этой маловажности участія, конечно, принадлежитъ суду, рѣшающему дѣло по существу (2).

694. Система, усвоенная проектомъ, по моему мнѣнію, вполнѣ правильна и теоретически.

Конечно несомнѣнно, что виновность соучастниковъ и, въ зависимости отъ этого, ихъ наказуемость, должны представлять значительные оттѣнки; но всѣ попытки установить различіе между ними a priori, безотносительно къ обстоятельствамъ отдѣльнаго случая, оказались несостоятельны. Такъ, съ одной стороны, лицо, оказавшее, повидимому, самую незначительную физическую помощь, можетъ оказаться душою всего дѣла, съ другой, наемный убійца не менѣе преступенъ, чѣмъ лицо, его нанявшее. Поэтому законодателю предоставляется только одна возможность предоставить

(1) Ср. обзоръ въ моемъ курсѣ, III, № 439.

(2) Система проекта, какъ указано въ объяснительной запискѣ, встрѣтила сочувственные отзывы и нѣкоторыхъ иностранныхъ ученыхъ. Такъ, проф. Листъ замѣчаетъ: особеннаго одобренія заслуживаетъ опредѣленіе размѣра наказуемости для соучастниковъ: уравненіе по наказуемости такъ называемыхъ главныхъ пособниковъ съ совершителями и подстрекателями вполнѣ соотвѣтствуетъ субъективной и объективной долѣ участія ихъ въ преступленіи. Формализмъ германскаго уголовнаго уложенія счастливо избѣгнуть; пусть съ этимъ формализмомъ исчезнутъ, или по крайней мѣрѣ уменьшатся, и практическія затрудненія, возникающія при обсужденіи соучастія.

суду въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ назначать нѣкоторымъ изъ пособниковъ уменьшенное, сравнительно съ другими, наказаніе.

Останавливаясь спеціально на отвѣтственности подстрекателя, конечно можно сказать, что подстрекатель является какъ бы душою преступнаго дѣянія; только благодаря ему было задумано, созрѣло и развилось нарушеніе закона: врагъ общества и закона, онъ создаетъ еще и другихъ прозелитовъ, а потому и является болѣе опаснымъ преступникомъ. Но, по внимательномъ разсмотрѣніи, эти соображенія являются излишне обобщенными. Можно иногда сдѣлаться подстрекателемъ къ дѣянію, задуманному другимъ, а съ другой стороны, иногда подговоренный такъ усвоиваетъ предложеніе подстрекателя, такъ энергически принимается за его осуществленіе, что ученики, по энергіи ихъ дѣятельности, совершенно затемняютъ дѣятельность учителя, такъ что и относительно этихъ лицъ выборъ мѣры отвѣтственности долженъ зависѣть отъ обстоятельствъ отдѣльнаго дѣла.

695. Отвѣтственность всѣхъ соучастниковъ опредѣляется по тому преступному дѣянію, въ которое они вложились и которое было дѣйствительно выполнено; дѣятельность исполнителя, со всѣми условіями и обстоятельствами, къ ней относящимися, опредѣляетъ отвѣтственность всѣхъ участниковъ; если же къ этой дѣятельности привходятъ какіе либо новые элементы, видоизмѣняющіе отвѣтственность и не входившіе въ соглашеніе, то вопросъ о вліяніи этихъ условій на наказуемость прочихъ участниковъ опредѣляется по вышеуказаннымъ началамъ относительно эксцессовъ исполнителей (1).

Такимъ образомъ, въ тѣхъ законодательствахъ, которыя, какъ дѣйствующее наше уложеніе, различаютъ отдѣльные типы участниковъ по ихъ наказуемости, судъ долженъ опредѣлить прежде всего, какого наказанія заслуживаетъ дѣяніе, учиненное исполнителями, затѣмъ обсудить вопросъ о томъ, нѣтъ ли въ ихъ дѣятельно-

(1) Такъ, нашъ сенатъ неоднократно признавалъ [рѣшенія по дѣламъ Алексѣевой (67/307), Кирилова (63/424), Муленковой (74/218)], что обстоятельства, особо увеличивающія отвѣтственность за кражу, распространяются и на пособниковъ, какъ скоро они знали объ этомъ; поэтому въ вопросахъ присяжнымъ указаніе на нихъ должно быть сдѣлано по отношенію къ каждому подсудимому (1874 г., № 119, по дѣлу Пегушевой).

*

сти такихъ условій, которыя, по отношенію къ другимъ соучастникамъ, имѣютъ характеръ эксцессовъ, не подлежащихъ вмѣненію, затѣмъ, опираясь на выбранную мѣру отвѣтственности за данное дѣяніе, опредѣлить размѣръ наказанія для каждаго изъ участниковъ, смотря по мѣрѣ его вины [1].

Въ особенности этотъ порядокъ имѣетъ значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда въ законѣ за извѣстное дѣяніе назначено параллельно нѣсколько родовъ наказаній. Если, положимъ, за данное дѣяніе въ законѣ назначена или каторга, или поселеніе, или ссылка на житье, то судъ не можетъ при назначеніи наказанія дѣлать выборъ для каждаго соучастника между этими наказаніями по своему усмотрѣнію и назначить, положимъ, для пособника каторгу, а для подстрекателя ссылку на житье, а онъ долженъ сначала рѣшить, какого наказанія заслуживало бы это дѣяніе, если бы оно было совершено однимъ лицомъ, а затѣмъ, признавъ таковымъ наказаніемъ, положимъ, ссылку на поселеніе, опираясь на это наказаніе, какъ на базисъ, выбрать мѣру наказанія для зачинщиковъ, соучастниковъ и пособниковъ [2].

696. Вопросъ нѣсколько осложняется, когда отвѣтственность, назначенная въ законѣ за извѣстное дѣяніе, увеличивается или уменьшается не по обстоятельствамъ, относящимся къ самому дѣянію, которыя вмѣняются, сообразно съ общими началами отвѣтственности соучастниковъ за все учиненное, и съ примѣненіемъ правилъ о вмѣненіи эксцесса исполнителей прочимъ участникамъ, а когда измѣненіе отвѣтственности зависитъ отъ личныхъ условій, относящихся къ отдѣльнымъ соучастникамъ [3].

---

(1) Такъ, нашъ сенатъ по дѣлу Маурица (68/145) высказалъ, что опредѣляя отвѣтственность участникамъ разныхъ родовъ, сообразно съ характеромъ и размѣромъ ихъ участія, уложеніе принимаетъ такую систему, по которой исходнымъ пунктомъ отвѣтственности всѣхъ соучастниковъ служитъ наказуемость совершителей, а въ рѣшеніи по дѣлу Феоктистова (67/247) онъ добавилъ, что наказаніе соучастниковъ должно быть соображено не съ тѣмъ наказаніемъ, которое понесли въ данномъ случаѣ исполнители, въ виду обстоятельствъ, уменьшающихъ или увеличивающихъ отвѣтственность, а съ тѣмъ, которое имъ назначено по закону. То же высказано въ рѣшеніяхъ по дѣламъ: Огнева (68/199); Феоктистова (69/463).

(2) Ср. весьма любопытное рѣшеніе сената по дѣлу Лаврова, 1870 г., № 295.

(3) См. подробный обзоръ различныхъ теоретическихъ попытокъ у Колоколова, стр. 140.

Эти личныя обстоятельства, въ свою очередь, могутъ быть двухъ родовъ: или они находятся исключительно въ самой личности виновнаго, или они заключаются въ особенныхъ отношеніяхъ виновнаго къ жертвѣ, или, говоря вообще, къ объекту преступнаго посягательства.

Условія первой категоріи не представятъ особыхъ затрудненій при рѣшеніи даннаго вопроса, такъ какъ они, очевидно, не могутъ имѣть вліянія на отвѣтственность другихъ соучастниковъ. Если одинъ изъ соучастниковъ малолѣтній, то ему должно быть дано указанное въ законѣ снисхожденіе; но это уменьшеніе не распространяется на соучастниковъ взрослыхъ; точно также лицо, подговаривавшее рецидивиста, не можетъ подлежать тому усиленному наказанію, которому подлежитъ исполнитель.

При этомъ, такое значеніе могутъ имѣть не только общія условія, указанныя закономъ, какъ возрастъ, полъ и т. д., но и индивидуальныя обстоятельства, встрѣтившіяся въ данномъ случаѣ и признанныя судьями, напр., признаніе подсудимаго заслуживающимъ снисхожденія не можетъ имѣть значенія для другихъ участниковъ.

697. Болѣе затрудненій представляютъ тѣ случаи, когда измѣненіе отвѣтственности обусловливается особыми отношеніями виновнаго къ объекту посягательства. Я полагаю, что и эти обстоятельства должны разсматриваться, какъ имѣющія чисто личный характеръ, а потому и не должны имѣть значенія для другихъ соучастниковъ.

Если мать посягаетъ на жизнь своего незаконноприжитаго младенца при самомъ его рожденіи, то законъ относится снисходительнѣе къ ней на томъ основаніи, что, съ одной стороны, мотивы, ею руководившіе—стыдъ, страхъ суда общественнаго мнѣнія, боязнь за будущность младенца, а съ другой — ненормальное психическое состояніе, вызванное родильными муками, заставляютъ снисходительно отнестись къ виновной; но можетъ ли законъ, основываясь на тѣхъ же предположеніяхъ, уменьшить наказуемость ея соучастникамъ? И наоборотъ, если сынъ убиваетъ отца, забывая узы крови, ихъ связывающія, то мы имѣемъ основанія для усиленія его отвѣтственности; но на какомъ основаніи мы примѣнимъ такое усиленіе къ его пособнику или даже под-

стрекателю, ни въ какихъ близкихъ отношеніяхъ къ убитому не состоящему и дѣйствующему иногда совершенно изъ иныхъ личныхъ побужденій?

При этомъ, конечно, безразлично, какую роль играло въ соучастіи лицо, находящееся въ такихъ особенныхъ условіяхъ. Если исполнитель былъ родственникомъ жертвы, а прочіе соучастники были посторонними, то они отвѣчаютъ за простое преступное дѣяніе; точно также, если сынъ подстрекнулъ посторонняго человѣка убить отца подстрекателя, то подстрекатель будетъ отвѣчать за отцеубійство, а исполнитель—за убійство простое; такое же толкованіе должно быть примѣнено и къ пособникамъ.

То положеніе, что подстрекатели и пособники являются какъбы дополнительными, акцессорными участниками, не имѣетъ никакого значенія для этого вопроса, такъ какъ оно не можетъ быть распространяемо на тѣ особыя личныя условія, которыя привносятъ съ собою соучастники (1).

Въ предшествующихъ примѣрахъ я бралъ такія условія, благодаря коимъ измѣняется наказуемость дѣянія; но, конечно, рѣшеніе вопроса остается безъ измѣненія и въ томъ случаѣ, когда, въ силу этихъ условій, дѣяніе переходитъ въ другую группу, какъ, напр., оскорбленіе переходитъ въ посягательство на порядокъ управленія, или когда этими условіями опредѣляется самая преступность учиненнаго.

Такимъ образомъ, если дѣяніе можетъ быть юридически учинено только лицами, занимающими какой либо служебный постъ въ государствѣ или исполняющими какія либо опредѣленныя обязанности, то лица, содѣйствовавшія такому дѣянію, но сами не находящіяся въ тѣхъ условіяхъ, въ коихъ находился выполнитель, не могутъ и отвѣчать за такое дѣяніе, если учиненное ими не составляетъ самостоятельнаго преступнаго дѣянія.

Точно такъ же лицо, помогавшее сожительству неженатаго съ незамужнею, не подлежитъ наказанію; но если подобнымъ лицомъ оказался бы отецъ, продавшій свою дочь, то онъ отвѣчаетъ за квалифицированное сводничество.

---

(1) Противное мнѣніе защищаетъ изъ нашихъ криминалистовъ В. Спасовичъ, стр. 169. Разборъ его доводовъ въ моемъ курсѣ, III, № 483.

698. Изъ западно-европейскихъ законодательствъ французское вовсе умалчиваетъ объ этомъ вопросѣ, а практика французскаго кассаціоннаго суда усвоила взглядъ, совершенно противоположный вышеизложенному. Онъ резюмируется такъ: отвѣтственность участниковъ (complices) вполнѣ обусловливается обстоятельствами, входящими въ главное дѣяніе и, слѣдовательно, тѣми особыми отношеніями, въ которыхъ находятся исполнители къ совершенію дѣянія; наоборотъ, особыя обстоятельства, относящіяся къ соучастникамъ, никакого вліянія на отвѣтственность не имѣютъ, такъ что сынъ, подговорившій убить своего отца, отвѣчаетъ какъ подстрекатель къ простому убійству (1). Но такое толкованіе не усвоено даже бельгійскою практикою.

Германскій кодексъ содержитъ прямое постановленіе (§ 50), въ силу коего обстоятельства, увеличивающія или уменьшающія отвѣтственность по личнымъ качествамъ или отношеніямъ, имѣютъ вліяніе на наказуемость только того соучастника, къ коему они относятся; но онъ вовсе умалчиваетъ объ обстоятельствахъ, обусловливающихъ самую преступность (2). Напротивъ того, кодексы венгерскій и голландскій примѣняютъ ту же систему и къ обстоятельствамъ послѣдняго рода.

У насъ ни въ сводѣ законовъ, ни въ уложеніи, не содержится никакихъ указаній по этому предмету; но практика наша и до-реформенная, и послѣ-реформенная держалась принципа не распространяемости этихъ условій (3).

Въ особенности подробно былъ разсмотрѣнъ этотъ вопросъ въ Высочайше утвержденномъ мнѣніи государственнаго совѣта по дѣлу Янковскаго и Косарева отъ 4 Ноября 1873 г.; а потомъ тѣ же

(1) Ср. практику у Blanche, Études, II, №№ 11—42; подробныя возраженія у F. Hélie, Théorie, № 209, а также Bertauld, leçons, стр. 511, пр. 2. Garraud, № 309, требуетъ, чтобы соучастнику были, по крайней мѣрѣ, извѣстны эти обстоятельства. Болѣе подробное изложеніе въ моемъ курсѣ, III, № 385. Нельзя не замѣтить, что и французская практика не распространяетъ этого толкованія на чисто личныя отношенія.

(2) Reichsgericht въ рѣшеніи отъ 22 Іюля 1882 г. разъяснилъ это умолчаніе въ томъ смыслѣ, что если особое положеніе виновнаго обусловливаетъ самую преступность, то правило § 50 не имѣетъ къ нему отношенія и такимъ образомъ соучастникомъ служебнаго подлога можетъ быть и лицо не служащее.

(3) Болѣе подробное изложеніе практики въ моемъ курсѣ, III, № 487 и 488; а также въ моемъ изданіи уложенія, тезисы подъ ст. 11.

соображенія были буквально повторены сенатомъ въ рѣшеніи 1882 г., № 40, по дѣлу Саркисова, и отчасти въ рѣшеніи 1884 г., № 13, по дѣлу Мельницкихъ. Въ этихъ рѣшеніяхъ было установлено, что частныя лица, участвующія въ спеціальныхъ проступкахъ, въ частности въ проступкахъ по службѣ, подлежатъ наказанію только въ томъ случаѣ, если эти дѣянія составляютъ и общіе проступки; въ противномъ же случаѣ участники такихъ должностныхъ преступныхъ дѣяній никакому наказанію не подлежатъ.

На этой практикѣ основано и постановленіе нашего проекта уголовнаго уложенія, которое гласитъ: «особыя личныя отношенія и условія, опредѣляющія, усиливающія или уменьшающія наказуемость кого либо изъ соучастниковъ, не вліяютъ на отвѣтственность другихъ».

Къ этому объяснительная записка прибавляетъ, что въ виду этого, при характеристикѣ субъекта отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, предполагается употреблять слово «виновный» тамъ, гдѣ субъектомъ можетъ быть всякое лицо, и замѣнять это слово какимъ либо спеціальнымъ названіемъ «мать», «россійскій подданный» и т. д., какъ скоро преступность и наказуемость какого либо преступнаго дѣянія предполагаетъ наличность въ виновномъ какихъ либо особыхъ условій.

Вмѣстѣ съ тѣмъ проектъ предполагаетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ будетъ признано полезнымъ наказывать и соучастниковъ спеціальныхъ преступленій, создать для нихъ особыя правила, въ видѣ, напр., нынѣшней ст. 531 уложенія, опредѣляющей наказаніе за соучастіе въ проступкахъ воинскихъ чиновъ.

699. Чтобы окончить разборъ отвѣтственности соучастниковъ, мнѣ остается разсмотрѣть еще значеніе отказа одного изъ соучастниковъ, и притомъ не только по отношенію къ самому отказавшемуся, но и по отношенію къ наказуемости другихъ соучастниковъ.

Вопросъ этотъ, конечно, аналогиченъ съ отказомъ отъ задуманнаго дѣянія со стороны единичнаго преступника, но, благодаря множеству участниковъ, значительно осложняется, а потому многіе кодексы, какъ, напр., наше уложеніе, содержатъ по сему предмету рядъ особыхъ правилъ. Точно также и проектъ уложенія

содержитъ особое постановленіе, а именно, что соучастникъ, отказавшійся отъ участія въ сообществѣ и принявшій своевременно всѣ зависѣвшія отъ него мѣры для предотвращенія преступнаго дѣянія, освобождается отъ наказанія, причемъ, какъ замѣчаетъ объяснительная записка, къ числу этихъ мѣръ можетъ быть относимо и донесеніе; съ другой стороны, для безнаказанности достаточно, чтобы такіе соучастники приняли всѣ зависящія мѣры предупрежденія, а не требуется, чтобы они дѣйствительно предупредили наступленіе задуманнаго.

700. Самая простѣйшая комбинація въ этихъ случаяхъ будетъ, конечно, та, когда отъ дальнѣйшей дѣятельности отказываются всѣ соучастники, какъ физическіе, такъ и интеллектуальные. Въ этомъ случаѣ всѣ соучастники не отвѣчаютъ за то, что они предполагали сдѣлать, а наказываются за то, что уже они сдѣлали, если, конечно, учиненное заключаетъ въ себѣ что либо преступное. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда согласившіеся ограничились только составленіемъ сообщества или шайки, а затѣмъ сообщество распалось, отвѣтственность должна прекращаться.

Этотъ случай спеціально предусмотрѣнъ въ уложеніи, въ ст. 122, которая говоритъ: «если всѣ согласившіеся учинить какое либо преступленіе, впослѣдствіи, прежде всякаго на оное покушенія, сами по собственной волѣ отступили отъ своего намѣренія, и сіе преступленіе не принадлежитъ къ числу тѣхъ, въ коихъ закономъ полагается наказаніе и за одинъ умыселъ, то они освобождаются отъ всякаго наказанія, но, смотря по обстоятельствамъ, могутъ быть отданы подъ надзоръ полиціи».

Статья эта относится ко всѣмъ видамъ и оттѣнкамъ соучастія, включая сюда и шайку, и примѣненіе ея предполагаетъ наличность двухъ условій: во 1-хъ, остановка должна произойти по инціативѣ самихъ соучастниковъ, изъ какихъ бы мотивовъ они ни выходили, и во 2-хъ, остановка должна быть своевременная. Уложеніе говоритъ: «прежде всякаго на оное покушенія»; но я полагаю, что это выраженіе нельзя понимать буквально, а, по аналогіи со статьею 113, слѣдуетъ распространить и на тѣ случаи, когда сообщники приступили къ дѣйствію, а затѣмъ его прекратили, и выполненное не заключаетъ въ себѣ ничего преступнаго.

Очевидно, что дѣятельность каждаго сообщника будетъ характеризоваться въ данномъ случаѣ какъ покушеніе, добровольно оставленное.

Правило статьи 122 не распространяется на тѣ преступленія, гдѣ наказуемъ голый умыселъ, т. е., сообразно съ особенною частью уложенія, не распространяется на дѣянія политическія.

701. Болѣе спорнымъ и сложнымъ представляется вопросъ объ отказѣ отдѣльныхъ соучастниковъ. Если отказались отъ предположеннаго всѣ физическіе исполнители, такъ что дальнѣйшая дѣятельность прекратилась, то этотъ отказъ освобождаетъ отъ отвѣтственности и другихъ соучастниковъ: воръ пошелъ на кражу, но одумался и возвратился назадъ; можемъ ли мы, тѣмъ не менѣе, привлечь къ отвѣтственности и наказать человѣка, его подговорившаго или доставившаго ему отмычку? И если мы ихъ накажемъ, то за что: за оконченную кражу или за покушеніе и притомъ какое? [1] Другое дѣло, если по отношенію къ данному дѣянію наказывается самое составленіе заговора или шайки.

По нашему дѣйствующему праву, какъ справедливо замѣчаетъ А. Лохвицкій (стр. 154), «это подтверждается текстомъ закона»: ст. 11, служащая введеніемъ къ обозначенію участвующихъ всѣхъ разрядовъ, говоритъ: «въ преступленіи, *содѣянномъ* нѣсколькими лицами»,... ст. 13—«въ преступленіяхъ, *учиненныхъ* нѣсколькими лицами по предварительному согласію, признаются: зачинщиками» и т. д. Очевидно, что для того, чтобы были подстрекатели, зачинщики и т. д., необходимо, чтобы было преступленіе: гдѣ нѣтъ преступленія, т. е. гдѣ не было совершено наказуемое дѣяніе, тамъ нѣтъ виновныхъ, нѣтъ совершителей, а потому нѣтъ и подстрекателей, и пособниковъ и тому подобное».

---

(1) Многіе изъ нѣмецкихъ криминалистовъ, какъ, напр., Миттермайеръ, Цахаріэ, Бауеръ, Кестлинъ, Гельшнеръ, Шварце, Гейеръ и др. держатся того мнѣнія, что добровольный отказъ исполнителя, какъ чисто личное основаніе безнаказанности, не распространяется на другихъ соучастниковъ, которые отвѣчаютъ за обыкновенное покушеніе. За полную безнаказанность въ этихъ случаяхъ всѣхъ соучастниковъ высказываются: Бернеръ, Оппенгофъ, Баръ, Ланценбекъ.

Но если физическихъ дѣятелей было нѣсколько и отказались не всѣ, а нѣкоторые? Наше уложеніе различаетъ въ этомъ случаѣ сообщниковъ и зачинщиковъ. Относительно сообщниковъ оно принимаетъ такое начало: 1) сообщники, хотя и случайно, и по независѣвшимъ отъ ихъ воли обстоятельствамъ, не находившіеся на мѣстѣ преступленія, приговариваются къ наказанію одною степенью ниже тѣхъ, кои были при содѣяніи онаго и сами въ томъ участвовали, и 2) тѣ, которые добровольно уклонились отъ принятія участія въ преступленіи, но объ умыслѣ на оное не донесли своевременно подлежащему или иному ближайшему начальству, приговариваются къ наказанію двумя или, буде какія либо особенныя обстоятельства затрудняли донесеніе, и тремя степенями ниже противъ участвовавшихъ въ совершеніи преступленія; но если, въ 3-хъ, они не только не явились добровольно, но своевременно донесли о преступленіи, или хотя и явились, но только для того, чтобы воспрепятствовать совершенію преступнаго дѣянія, то, по аналогіи съ условіями отвѣтственности другихъ соучастниковъ, отказавшихся отъ задуманнаго, таковые должны быть освобождены отъ всякой отвѣтственности.

Относительно зачинщиковъ уложеніе (ст. 118) указываетъ, что если они и отступили отъ своего намѣренія, то все-таки наказываются, но одною степенью ниже, а если они приняли мѣры для предупрежденія исполненія преступленія или своевременно заявили о томъ начальству, то освобождаются отъ всякаго наказанія. Это правило примѣняется одинаково какъ къ физическимъ, такъ и къ интеллектуальнымъ зачинщикамъ, хотя послѣдніе должны бы разсматриваться такъ же, какъ и подстрекатели.

702. Второй случай представляетъ отказъ подстрекателя, если подстрекнутый, несмотря на это, исполнилъ преступленіе или пытался его исполнить.

Случаи этого рода представляютъ весьма много оттѣнковъ.

Если преступное дѣяніе или наказуемое покушеніе на него уже совершились, то какъ бы ни было полно и искренне раскаяніе подстрекателя, оно не можетъ уничтожить его отвѣтственности, а можетъ только влiять на мѣру наказанія, подобно тому, какъ не

уничтожаетъ позднее раскаяніе поджигателя или отравителя отвѣтственности за учиненное ими.

Такой же выводъ получится и въ томъ случаѣ, когда подстрекатель раскаялся своевременно, но не употребилъ никакихъ мѣръ, чтобы уничтожить послѣдствія своего подговора, когда онъ оставался какъ бы пассивнымъ зрителемъ совершающихся событій. Въ этомъ случаѣ учиненное есть дѣло рукъ его; онъ направилъ исполнителя и причинная связь его подговора и результата ничѣмъ не разрушена. Искренность его раскаянія есть только основаніе для снисхожденія, но не для безнаказанности.

Мало того, даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда раскаявшійся подстрекатель сдѣлалъ своевременно заявленіе полиціи или жертвѣ, но не принялъ никакихъ мѣръ для устраненія послѣдствій подговора, онъ можетъ разсчитывать на снисхожденіе, но не на безнаказанность, подобно тому, какъ и поджигатель, который, раскаявшись, тотчасъ призвалъ для тушенія постороннихъ, сбѣгалъ за пожарною командою и т. д., если, несмотря на это, подожженное имъ сгорѣло, все-таки отвѣчаетъ за поджогъ.

Но обстоятельства измѣняются, если подстрекатель употребилъ, хотя и безполезно, всѣ усилія для уничтоженія результатовъ своего подговора.

Конечно, и здѣсь можно говорить, что сохраняется связь подговора и преступной дѣятельности, что разъ посѣянное сѣмя должно было принести и принесло свой плодъ. Но я думаю, что такой отвѣтъ едва ли будетъ правиленъ и теоретически, и практически. Если бы возбуждена была стихійная сила, то безплодныя старанія предотвратить ея результатъ не уничтожили бы причинной связи; но здѣсь возбуждено лицо, дѣйствующее сознательно и вкладывающее въ преступленіе и свою волю. Въ виду этого, настойчивыя и энергическія убѣжденія подстрекателя о необходимости, по какимъ бы то ни было основаніямъ, отказаться отъ преступленія, старанія его предупредить посягательство, парализуютъ всякое вліяніе его прежняго подговора, дѣлаютъ единственнымъ виновникомъ учиненнаго самого исполнителя.

Постановленія нашего уложенія объ отказѣ подстрекателей конструированы иначе и едва ли правильно. Ст. 120 говоритъ, что если подстрекатели впослѣдствіи старались остановить приве-

деніе преступнаго умысла въ дѣйствіе, но не донесли о томъ своевременно начальству, то они подвергаются наказанію одной степенью ниже.

Такимъ образомъ, одно простое раскаяніе, не проявившееся активно, можетъ только вліять на мѣру отвѣтственности; далѣе, одна попытка остановить подговореннаго и, по аналогіи съ этимъ условіемъ, одно заявленіе начальству, хотя бы и своевременное, о предположенномъ преступленіи влечетъ пониженіе на одну степень; наконецъ, попытка остановить задуманное, соединенная съ своевременнымъ заявленіемъ начальству, должна освобождать отъ всякой отвѣтственности.

703. Остается категорія пособниковъ. Очевидно, о вліяніи ихъ отказа на наказуемость можетъ быть рѣчь только тогда, когда отказъ является своевременнымъ по отношенію къ совершенію преступленія, хотя бы ихъ личная дѣятельность уже и была окончена; поэтому лицо, давшее, напр., указаніе объ удобномъ времени для выполненія преступнаго дѣянія или доставившее ножъ для убійства и затѣмъ одумавшееся, можетъ еще, при извѣстныхъ условіяхъ, ссылаться въ свое оправданіе на это измѣненіе воли. Если его раскаяніе было вполнѣ искренне, но ни въ чемъ активно не выразилось, то и онъ, подобно подстрекателю, можетъ только разсчитывать на снисхожденіе, а если онъ сдѣлалъ своевременное заявленіе полиціи или старался предупредить выполненіе всѣми зависящими отъ него средствами, то можетъ быть признанъ и совершенно не наказуемымъ.

Наше уложеніе къ такимъ отказавшимся пособникамъ относится, повидимому, весьма снисходительно, такъ какъ статья 121 говоритъ, что обѣщавшіе способствовать содѣянію преступленія, но потомъ отъ сего отказавшіеся и однакожъ не донесшіе своевременно о томъ начальству, подвергаются наказанію, опредѣленному въ законѣ за недонесеніе объ извѣстномъ зломъ умыслѣ. Но въ дѣйствительности это снисхожденіе оказывается мнимымъ, такъ какъ по ст. 124 и 125 недоносители, а, слѣдовательно, и отказавшіеся пособники, наказываются двумя степенями ниже противъ участвовавшихъ въ исполненіи. Для безнаказанности же отказав-

шихся сообщниковъ по уложенію необходимо своевременное заявленіе начальству [1].

704. *Прикосновенность* [2]. Рядомъ съ соучастниками наше уложеніе ставитъ (ст. 14) еще одну группу лицъ, такъ называемыхъ прикосновенныхъ, причисляя къ нимъ попустителей, укрывателей и недоносителей.

Такое соединеніе прикосновенности съ соучастіемъ было обычнымъ явленіемъ въ законодательствахъ не только прошлаго, но и нынѣшняго столѣтія, въ особенности въ партикулярныхъ нѣмецкихъ кодексахъ, съ прусскимъ 1851 г. и баварскимъ 1861 г. включительно [3]. Но изъ дѣйствующихъ важнѣйшихъ западно-европейскихъ кодексовъ только французскій сохранилъ въ общей части постановленія о такъ называемомъ подразумѣваемомъ соучастіи, а именно о пристанодержательствѣ (ст. 61) и объ укрывательствѣ вещей, добытыхъ преступленіемъ [4]. Укрыватели подлежатъ такому же наказанію, какъ и виновные; только смертная казнь замѣняется для нихъ безсрочными каторжными работами, а безсрочныя работы и ссылка примѣняются только въ томъ случаѣ, если укрывателямъ были извѣстны тѣ отягчающія обстоятельства, въ силу коихъ глав-

---

(1) При нѣкоторыхъ отдѣльныхъ преступленіяхъ уложеніе содержитъ особыя постановленія по этому вопросу и придаетъ еще большее значеніе доносу. Таковы постановленія о нарушеніяхъ уставовъ монетныхъ (ст. 559 и 573), о нарушеніяхъ устава карантиннаго (ст. 843), о противодѣйствіи властямъ (ст. 269) и т. д.

(2) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, III, № 497, пр. 387. Изъ монографій можно указать: Полетаевъ, прикосновенность къ преступленію, въ журн. мин. юст. за 1862 г.; Sander, Erörterungen der Lehre von der Begünstigung und Hehlerei, въ архивѣ за 1838 и 1839 гг.; Schwarze, Begünstigung und Hehlerei, въ Gerichtssaal за 1872 г.; Villnow, Raub und Erpressung, Begünstigung und Hehlerei, 1875 г.; Buri, Begünstigung und Hehlerei въ Gerichtssaal за 1877 г.; Gretener, Begünstigung und Hehlerei in hystorisch-dogmatischer Darstellung, 1879 г.

(3) Ср. историческій очеркъ законодательныхъ постановленій въ моемъ курсѣ, III, № 498 и сл.

(4) Ср. анализъ этихъ постановленій у F. Hélie, Théorie, I, № 211—220; Garraud, № 303; Ortolan, № 1275, видитъ въ этихъ случаяхъ сопредѣльность (connexité), а не соучастіе (complicité). Обстоятельныя возраженія противъ отнесенія укрывателей къ соучастникамъ дѣлаетъ Boitard, leçons, стр. 179 и сл.

ные виновные подлежатъ этимъ наказаніямъ. О недоносителяхъ кодексъ французскій содержалъ спеціальныя правила въ особенной части; но эти постановленія отмѣнены нынѣ, по закону 1832 г. Кодексъ бельгійскій сохранилъ въ общей части (ст. 68) только постановленія о дачѣ убѣжища преступнику, а всѣ остальные случаи прикосновенности отнесъ въ особенную часть.

Новое германское уложеніе, а за нимъ венгерское и голландское, а равно и проектъ австрійскаго уложенія, вовсе не упоминаютъ о прикосновенныхъ въ общей части, а образуютъ изъ важнѣйшихъ видовъ этой преступной дѣятельности особыя группы преступленій.

Эта послѣдняя система усвоена и проектомъ нашего уголовнаго уложенія, который также предположилъ отнести укрывателей слѣдовъ преступнаго дѣянія и преступника къ главѣ о противодѣйствіи правосудію, а пользованіе плодами преступной дѣятельности—къ имущественнымъ проступкамъ.

705. Несравненно упорнѣе держится ученіе о прикосновенности, какъ особомъ типѣ соучастія, въ доктринѣ, особенно нѣмецкой, хотя нельзя не сказать, что ряды его сторонниковъ и здѣсь значительно рѣдѣютъ (1).

Наиболѣе старая доктрина считала прикосновенность за разновидность соучастія. Такъ, Борстъ (2), опредѣляя соучастіе, какъ всякое волимое дѣйствіе, которымъ содѣйствуютъ возникновенію или продолженію преступленія, и всякое невмѣшательство,

---

(1) Такъ, изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ въ защиту этого ученія высказались: H. Meyer, Lehrbuch, § 47, отчасти Merkel и Schütze, Villnow, а противъ—Кестлинъ, Гельшнеръ, Бернеръ, Биндингъ, Гейеръ, Листъ, Гретенеръ, Янка и др.

(2) Въ его статьѣ о соучастіи въ архивѣ, VII, стр. 670 и сл. Еще шире опредѣленіе у Klein, въ его Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts, 1799, стр. 115: «соучастникъ всякій, кто содѣйствовалъ чѣмъ либо бытію преступленія или заявилъ, что онъ имѣетъ интересъ въ преступленіи или преступникѣ». Такого же взгляда держались: Титманъ, Клейншродъ, и даже Фейербахъ, Абеггъ, Бауеръ, Ярке; ср. оцѣнку этой теоріи у Gretener, стр. 70 и сл. H. Meyer, стр. 301, говоритъ: прикосновенность есть содѣйствіе преступному дѣянію по его окончаніи, содѣйствіе или положительное—его результатамъ, или отрицательное—примѣненію къ виновному наказанія.

которымъ преступленіе могло быть предотвращено, прибавляетъ, «что такъ какъ преступленіе продолжается послѣ его возникновенія въ томъ, что виновный избѣгаетъ заслуженнаго наказанія и старается воспользоваться плодами преступленія, то потому всѣ лица, вкладывающіяся въ преступленіе до момента примѣненія наказанія, могутъ разсматриваться какъ соучастники». Поэтому сторонники этого воззрѣнія дѣлили соучастниковъ на три типа: виновниковъ, пособниковъ и прикосновенныхъ.

Но, не говоря уже объ отсутствіи общенія вины, соглашенія между участниками и прикосновенными, безъ котораго, какъ было указано выше, нѣтъ соучастія, самая основная идея этой доктрины, что преступленіе продолжается въ безнаказанности и пользованіи плодами преступной дѣятельности, составляетъ и безплодную, и совершенно несостоятельную фикцію. Преступленіе есть посягательство на норму въ ея реальномъ бытіи; оно и юридически, и фактически оканчивается съ того момента, когда оканчивается посягательство; позднѣйшія юридическія событія и отношенія могутъ стоять въ извѣстной связи съ этимъ минувшимъ актомъ, могутъ соприкасаться съ нимъ, но они не могутъ сдѣлаться его частью. Да и съ практической стороны, какимъ образомъ признаемъ мы человѣка, содѣйствовавшаго побѣгу каторжника, соучастникомъ дѣянія, за которое бѣжавшій былъ осужденъ на каторгу, о которомъ содѣйствовавшій побѣгу можетъ быть не имѣлъ никакого понятія? Или если убійство было совершено ради вступленія въ бракъ со вдовою убитаго, то можемъ ли мы признать участникомъ убійства того, кто содѣйствовалъ этому браку?

706. На смѣну этого воззрѣнія явилось другое, которое, сохраняя ученіе о прикосновенности въ общей части, видитъ въ немъ не разновидность соучастія, а самостоятельную форму совиновничества, дополнительную виновность. Въ Германіи главнымъ представителемъ этого взгляда былъ Зандеръ въ его статьѣ о прикосновенности, а у насъ—Жиряевъ (1). Это ученіе лежитъ и въ основѣ постановленій нашего дѣйствующаго уложенія.

---

(1) Въ монографіи о стеченіи преступниковъ. Тотъ же взглядъ защищаетъ г. Кистяковскій, §§ 304 и 325; изложеніе теоріи Зандера въ моемъ курсѣ, III, № 501.

Родовое понятіе стеченія преступниковъ, говоритъ пр. Жиряевъ (стр. 16), содержитъ въ себѣ два вида—участіе и прикосновенность. Прикосновенность (стр. 128) не есть ни участіе въ преступленіи, какъ думаютъ Фейербахъ и Грольманъ, ни особенное опредѣленное или самостоятельное преступленіе, какъ думаютъ Миттермайеръ и Кестлинъ; оно, какъ справедливо опредѣляетъ ея сущность Зандеръ, есть особенное, но не самостоятельное, а придаточное преступленіе (delictum accessorium). Противозаконныя дѣйствія прикосновенныхъ—попустительство, укрывательство и недонесеніе суть придаточныя преступленія, подобно тому, какъ залогъ или поручительство представляютъ accessorium займа. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, прикосновенность существенно отличается отъ соучастія. Прикосновенность означаетъ внѣшнее, участіе же—внутреннее отношеніе между преступленіемъ и лицомъ, которое дѣйствовало при его совершеніи или по поводу его совершенія; прикосновенные къ преступленію стоятъ лишь близъ главнаго преступленія, тогда какъ участвующіе находятся внутри его; первые касаются главнаго преступленія, вторые же совершенно объемлютъ его или, правильнѣе, объемлются имъ.

Доказательства этого характера прикосновенности, по мнѣнію Жиряева, сводятся къ слѣдующимъ: 1) прикосновенные никогда не являются одни предъ судомъ, а всегда въ сообществѣ съ виновными; 2) на наказуемость прикосновенныхъ вліяетъ наказуемость участниковъ. Эта связь и составляетъ, по его мнѣнію, наиболѣе важное основаніе для отнесенія прикосновенности къ участію. Она обнаруживается такъ: а) при ненаказуемости первыхъ—являются ненаказуемыми и вторые; б) при обнаруженіи при розыскѣ бо́льшаго преступленія, нежели какое казалось при первомъ обозрѣніи—возрастаетъ и отвѣтственность прикосновенныхъ и, наоборотъ, при обнаруженіи меньшаго—она падаетъ.

707. Эти главные доводы, выставляемые разсматриваемою доктриною, представляются, однако, мало убѣдительными. Процессуальный признакъ односудимости или разносудимости, какъ было замѣчено выше, не играетъ никакой роли и при соучастіи; тѣмъ болѣе примѣнимо это положеніе къ прикосновеннымъ. Намъ весьма нетрудно представить, что въ судѣ, на скамьѣ подсудимыхъ, фигурируютъ

одни прикосновенные: къ отвѣтственности привлечено лицо, содѣйствовавшее побѣгу преступника, между тѣмъ какъ самъ преступникъ остался не розысканнымъ, бѣжалъ за границу и т. д.

Далѣе, указаніе на то, что при ненаказуемости главныхъ виновныхъ не наказуемы и прикосновенные, справедливо только отчасти. Если главный виновный окажется недѣеспособнымъ, или будетъ помилованъ, или умретъ, то это не устранитъ отвѣтственности купившихъ украденныя имъ вещи или содѣйствовавшихъ его побѣгу; безнаказанность прикосновенныхъ наступаетъ только тогда, когда самое дѣяніе признается не существующимъ или непреступнымъ, или когда лицо, котораго, положимъ, укрывали, признается не совершившимъ ничего преступнаго; но въ этомъ случаѣ, какъ нетрудно видѣть, измѣняется юридическое свойство и того дѣянія, которое учинилъ прикосновенный, такъ что его непреступность имѣетъ не акцессорный, а самостоятельный характеръ: если кто либо обвинялся въ томъ, что онъ укрылъ человѣка, совершившаго убійство, а если, затѣмъ, судъ признаетъ, что убійства вовсе не было, или что убійство было учинено не этимъ лицомъ, то измѣняется и свойство дѣянія, учиненнаго укрывателемъ: онъ укрылъ человѣка, не совершившаго никакого преступнаго дѣянія, т. е. учинилъ дѣяніе, не воспрещенное уголовнымъ закономъ.

Еще менѣе имѣетъ значенія аргументъ о соотносительномъ возрастаніи и ослабленіи отвѣтственности прикосновенныхъ, сравнительно съ наказуемостью того дѣянія, съ которымъ соприкасалась ихъ дѣятельность. Если выводить такое положеніе, какъ это дѣлаетъ авторъ, изъ системы наказуемости прикосновенныхъ, принятой нѣкоторыми кодексами, въ томъ числѣ и нашимъ уложеніемъ, то это значитъ употреблять доказательствомъ само же доказываемое, а если смотрѣть на него съ точки зрѣнія теоретической, то оно представится излишне обобщеннымъ, а потому и невѣрнымъ. Возрастаніе отвѣтственности прикосновенныхъ можетъ зависѣть не отъ одной наказуемости главнаго дѣянія, но и отъ всей обстановки прикосновенности, отъ мотивовъ дѣятельности и т. д.; можемъ ли мы сказать, что скрывшій убійцу изъ состраданія, дружбы, всегда будетъ преступнѣе скупщика краденыхъ вещей по ремеслу?

Еще слабѣе другіе, второстепенные доводы, приводимые Жиряе-

вымъ и другими сторонниками того же направленія. Если, говорятъ они, и признать прикосновенность самостоятельнымъ дѣяніемъ, то все-таки придется о ней говорить не въ особенной, а въ общей части, такъ какъ прикосновенность относится ко всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ ([1]). Но этотъ доводъ и не точенъ, и не убѣдителенъ. Можно ли представить наказуемое попустительство или недонесеніе относительно куренія въ недозволенномъ мѣстѣ или другаго аналогичнаго проступка? Отвѣтственность за неисполненіе подобныхъ обязанностей, очевидно, должна имѣть извѣстные предѣлы. Съ другой стороны, не встрѣчаемъ ли мы въ особенной части всѣхъ кодексовъ особыхъ постановленій о наказуемости, напр., умышленнаго неправосудія по дѣламъ уголовнымъ, хотя, очевидно, такой проступокъ можетъ встрѣтиться при всякомъ преступномъ дѣяніи? Также не существенно указаніе на то, что при отнесеніи прикосновенности къ группѣ самостоятельныхъ преступныхъ дѣяній, пришлось бы говорить о покушеніи на такого рода дѣятельность, а равно и о соучастіи въ ней, такъ какъ, съ одной стороны, является естественный вопросъ: почему же не можетъ быть въ случаяхъ этого рода покушенія или соучастія? Если мы представимъ себѣ, что нѣсколько человѣкъ обвиняются въ скрытіи слѣдовъ преступленія, причемъ одинъ изъ нихъ зарывалъ вещи, другой стоялъ на-сторожѣ, третій досталъ лопату, то должны ли мы признавать ихъ дѣятельность тождественною, или она допускаетъ оттѣнки виновности? Съ другой стороны, всѣ эти вопросы одинаково могутъ возникнуть и въ томъ случаѣ, когда мы будемъ признавать прикосновенность однимъ изъ видовъ соучастія.

708. Всѣ эти соображенія, по моему мнѣнію, указываютъ, что прикосновенность нельзя считать ни участіемъ, ни особенною формою совиновничества: нельзя вложиться въ то, что уже совершилось и существуетъ; прикосновенные не объединяются съ участниками ни волею, ни дѣятельностью.

Но этого мало; они точно также не объединяются и между собою ни внутреннею, ни внѣшнею стороною. Недоноситель о преступ-

([1]) На этотъ доводъ опиралось большинство нашихъ практиковъ въ своихъ возраженіяхъ противъ системы, усвоенной новымъ проектомъ уголовнаго уложенія.

*

номъ дѣяніи отвѣчаетъ совершенно независимо отъ существованія укрывателей или попустителей; нѣсколько лицъ, порознь купившихъ краденыя вещи, будутъ наказаны какъ укрыватели одной и той же кражи, хотя они узнали о существованіи другъ друга впервые только на скамьѣ подсудимыхъ. Самая отвѣтственность ихъ будетъ совершенно индивидуальна: недоноситель не можетъ отвѣчать за то, что сдѣлалъ укрыватель, и наоборотъ.

Если же видѣть обобщающую черту въ томъ, что всѣ они прикасаются къ одному и тому же преступному дѣянію, то мы не должны забывать, что и съ этой стороны понятіе прикосновенности является условнымъ и шаткимъ. Человѣкъ, отозвавшійся съ похвалою о совершившемся преступленіи, высказавшій сочувствіе къ преступнику, выпившій стаканъ вина, купленнаго на краденыя деньги, любовница, жившая на счетъ преступника, свидѣтель, давшій ложное показаніе по уголовному дѣлу, судья, постановившій завѣдомо неправый приговоръ, человѣкъ, помогавшій побѣгу арестанта и т. д., всѣ они прикасаются къ преступному дѣянію, но ихъ поступки или вовсе не подлежатъ репрессіи уголовной, или, даже и по нашему уложенію, составляютъ самостоятельные проступки.

А между тѣмъ перенесеніе ученія о прикосновенности въ особенную часть представляетъ не только теоретическій, но и практическій интересъ: съ помѣщеніемъ отдѣльныхъ случаевъ прикосновенности въ соотвѣтственныя рубрики можно вѣрно оцѣнить какъ основанія ихъ наказуемости, такъ и характеристическія признаки каждаго типа (1).

709. Обратимся теперь къ разсмотрѣнію нашего права. Отдѣльныя постановленія объ отвѣтственности попоровщиковъ, недоносителей, укрывателей, пристанодержателей въ изобиліи встрѣчаются въ нашемъ старомъ правѣ (2); но объединеніе они

---

(1) Подробные доводы въ защиту самостоятельнаго характера прикосновенности у Gretener, стр. 97; изъ французскихъ криминалистовъ у Rossi, глава XL; Haus, № 551 и сл.; изъ нашихъ—Спасовичъ, стр. 164; Н. Неклюдовъ, приложенія, стр. 541.

(2) Ср. историческія указанія въ моемъ курсѣ, III, № 504 и сл.

получили впервые только въ сводѣ законовъ, который отнесъ попустителей, недоносителей, участвовавшихъ въ раздѣленіи выгодъ отъ преступленія, завѣдомо оказавшихъ поманку или поноровку—къ пособникамъ или участникамъ преступленія, а изъ укрывателей преступника и лицъ, виновныхъ въ отпускѣ его или послабленіи при поимкѣ, сдѣлалъ особую группу сообщниковъ преступленія.

Редакторы уложенія, хотя и сохранили прикосновенность въ общей части, но отдѣляли ее, какъ указано и въ мотивахъ, отъ соучастія въ тѣсномъ смыслѣ. При этомъ самъ законъ заявляетъ, что указанные имъ три типа прикосновенныхъ вовсе не исчерпываютъ всѣхъ случаевъ прикосновенности; «сверхъ сего, говоритъ ст. 14, изъ прикосновенныхъ къ дѣлу и преступленію признаются»... Въ виду этого статья 14 должна быть понимаема ограничительно и можетъ быть относима только къ лицамъ, прямо подходящимъ подъ признаки, указанные закономъ для отдѣльныхъ типовъ.

Уставъ о наказ. въ ст. 15, говоря о соучастникахъ, вовсе не упоминаетъ о прикосновенныхъ, а въ особенной части содержитъ о нихъ нѣсколько спеціальныхъ постановленій, въ ст. 64, 159, 172, 180. Въ виду этого, въ нашей практикѣ возникъ вопросъ: можно ли примѣнять постановленія уложенія о прикосновенныхъ къ дѣяніямъ, караемымъ по уставу о наказаніяхъ? Я полагаю, что отвѣтъ долженъ быть отрицательный, по слѣдующимъ основаніямъ: во 1-хъ, уставъ о наказ. содержитъ особыя правила о соучастіи, которыя устраняютъ дѣйствіе статей уложенія; во 2-хъ, статья 15 устава о наказ. говоритъ только о соучастіи и соучастникахъ, а по терминологіи нашего права прикосновенные отъ соучастниковъ всегда отличаются; въ 3-хъ, признавая, что ст. 15 говоритъ о всѣхъ прикосновенныхъ, за исключеніемъ прямо указанныхъ въ ст. 64, 159, 172 и 180, мы создадимъ крайне противорѣчивую систему, по которой, напр., недоноситель даже о совершившемся преступленіи будетъ наказанъ значительно сильнѣе укрывателей (1).

(1) Нельзя не сказать, что въ практикѣ сената встрѣчается нѣсколько иной взглядъ: такъ, по дѣлу Гольденберга, 1871 г., № 1791, онъ призналъ, что подъ 15 статью устава о наказ. подходятъ попустители и укрыватели.

Такимъ образомъ, я полагаю, что попустители и недоносители по уставу о наказ. не наказуемы, а укрыватели наказуемы только въ случаяхъ, особо указанныхъ въ отдѣльныхъ статьяхъ, и при этомъ, какъ признано и практикою нашего сената, съ примѣненіемъ правилъ, указанныхъ въ 128 ст. уложенія.

Напротивъ того, по воинскому уставу о наказ., согласно съ 1-ю его статьею, примѣняются всѣ постановленія уложенія о прикосновенныхъ, съ изъятіями лишь относительно недоносителей, указанныхъ въ ст. 73 устава, и о вліяніи родственныхъ отношеній на наказуемость прикосновенныхъ, указанномъ въ ст. 74.

710. Всѣ роды прикосновенныхъ имѣютъ свои общія черты, которыя мы должны разсмотрѣть прежде анализа отдѣльныхъ категорій.

Такимъ образомъ, прикосновенными могутъ быть только лица, никакого участія въ преступномъ дѣяніи не принимавшія, причемъ это условіе сохраняетъ свое значеніе и въ тѣхъ законодательствахъ, въ коихъ отдѣльные виды прикосновенности перенесены въ особенную часть (1).

Прикосновенность становится соучастіемъ не только въ силу фактическаго совмѣщенія той или другой дѣятельности въ одномъ лицѣ, но и въ силу заранѣе даннаго обѣщанія позднѣйшаго содѣйствія. Относительно укрывателей это положеніе указано прямо въ законѣ, какъ при опредѣленіи пособничества (ст. 13), такъ и при опредѣленіи укрывателей (ст. 14); но это же толкованіе должно быть примѣнимо и къ попустителямъ, и къ недоносителямъ, какъ то признала и наша практика (2).

Это обѣщаніе можетъ быть дано заранѣе или во время самаго

(1) Необходимость этого условія по нашему праву была неоднократно признана нашимъ сенатомъ: по вопросу о попустителяхъ—въ рѣшеніи по дѣлу Абрамовой ($^{67}/_{190}$), а относительно укрывательства—въ рѣшеніяхъ по дѣламъ: Иноземцева ($^{70}/_{704}$), Бузука ($^{71}/_{442}$), Филатова ($^{74}/_{563}$), Колесникова ($^{75}/_{683}$); при этомъ, конечно, наличность заранѣе даннаго обѣщанія должна быть съ точностью установлена судомъ — рѣшеніе по дѣлу Велева-Конозырскаго 1872 г., № 1511.

(2) Рѣшеніе по дѣлу Воробьева ($^{71}/_{20}$).

учиненія дѣянія; оно можетъ быть или выражено прямо или заявлено конклюдентными дѣйствіями. Но во всякомъ случаѣ, для признанія прикосновенныхъ участниками необходимо, чтобы это обѣщаніе было опредѣленно и относилось къ данному конкретному случаю. На этомъ основаніи лица, хотя бы и постоянно занимающіяся скупомъ краденыхъ вещей, обратившія это въ ремесло, открывшія у себя притоны для воровъ и мошенниковъ, не дѣлаются еще участниками преступленія, а отвѣчаютъ или какъ прикосновенные, или какъ виновные въ самостоятельныхъ преступныхъ дѣяніяхъ: пристанодержательствѣ, скупѣ краденаго.

При такой постановкѣ этого вопроса исключается возможность одновременнаго признанія кого либо участникомъ преступнаго дѣянія и прикосновеннымъ къ тому же дѣянію. Единственное исключеніе представляетъ по нашему праву 2-я часть ст. 1701, по которой продажа похищеннаго или полученнаго черезъ обманъ имущества самимъ похитителемъ наказывается по правиламъ совокупности, причемъ за продажу виновный отвѣчаетъ, какъ пособникъ въ томъ дѣяніи, которымъ вещь добыта, такъ что по ст. 1701 одно и то же лицо привлекается и какъ виновникъ, и какъ пособникъ одного и того же преступнаго дѣянія.

Нѣсколько труднѣе рѣшается другой вопросъ: примѣняются ли правила о совокупности въ тѣхъ случаяхъ, когда одно и то же лицо совершило дѣйствія, подходящія подъ разные типы прикосновенности, напр., было попустителемъ и укрывателемъ? Въ тѣхъ законодательствахъ, которыя видятъ въ прикосновенности отдѣльныя самостоятельныя дѣянія, этотъ вопросъ долженъ быть рѣшенъ утвердительно; но по нашему уложенію, казалось бы, отвѣтъ долженъ быть иной, такъ какъ вся соприкасающаяся дѣятельность должна разсматриваться какъ единое цѣлое, а не какъ совокупность отдѣльныхъ дѣяній.

711. Прикосновенность предполагаетъ наличность другаго преступнаго дѣянія: нельзя говорить объ укрывательствѣ преступника или преступленія, если дѣяніе, учиненное укрываемымъ, не признается преступнымъ. При этомъ безразлично, было ли самое преступное дѣяніе окончено, или виновный остановился на покуше-

нія: прикосновенность возможна и по отношенію къ приготовленію, какъ скоро таковое почитается наказуемымъ (1).

Для наказуемости прикосновенныхъ необходима преступность главнаго дѣянія, но не дѣйствительная наказуемость участниковъ; поэтому прикосновенные могутъ быть привлечены къ отвѣтственности, хотя бы совершившіе преступное дѣяніе не были обнаружены, или когда виновный умеръ, сошелъ съ ума и т. д.

Но могутъ ли отвѣчать прикосновенные, если непосредственно виновные оправданы судомъ? Я полагаю, что по нашему праву для рѣшенія этого вопроса необходимо имѣть въ виду самое свойство прикосновенности. Если оно заключается въ укрывательствѣ преступника, то признаніе главнаго виновнаго не виновнымъ, буде вопросъ о виновности не былъ притомъ раздѣленъ на его составныя части, должно вести за собою и оправданіе прикосновенныхъ, такъ какъ лица, скрывшія человѣка невиновнаго, хотя бы и предполагавшагося ими таковымъ, совершили мнимое преступное дѣяніе. Поэтому, если бы присяжные и дали по вопросу о виновности такихъ прикосновенныхъ утвердительный отвѣтъ, то судъ долженъ освободить ихъ отъ наказанія за силою 1 п. ст. 771 у. у. с. Если же прикосновенность заключается въ попустительствѣ, въ скрытіи слѣдовъ или въ пользованіи плодами преступленія, то прикосновенные могутъ быть освобождены отъ наказанія только въ томъ случаѣ, когда будетъ отвергнутъ самый фактъ преступнаго дѣянія (2).

712. Особенную важность при той постановкѣ прикосновенности, которую принимаетъ наше уложеніе, получаетъ субъективная сторона этой дѣятельности.

Уложеніе говоритъ, что прикосновенные должны дѣйствовать «завѣдомо», но что означаетъ это понятіе?

Конечно, прежде всего несомнѣнно, что всякій прикосновенный

---

(1) Рѣшеніе сената по дѣлу Немѣшаева ($^{70}/_{705}$). Въ рѣшеніи по дѣлу Маии ($^{75}/_{89}$) сенатъ высказалъ, что такъ какъ совершившіе признаны виновными только въ покушеніи на разбой, то и Маия долженъ отвѣчать только за попустительство покушенія.

(2) Ср. любопытные случаи изъ практики сената въ рѣшеніяхъ по дѣлу Ибрагима-Нахарчи-Оглы ($^{71}/_{101}$) и по дѣлу Сапина ($^{74}/_{231}$).

долженъ дѣйствовать умышленно, понимая свойство своего поступка и желая или допуская его; поэтому не мыслима по уложенію неосторожная прикосновенность: не можетъ считаться укрывателемъ тотъ, кто, не зная, вывезъ въ своемъ возу вора, или попустителемъ тотъ, кто, по разсѣянности, не обратилъ вниманія на то, что въ его присутствіи совершилось какое либо преступное дѣяніе.

Но этимъ не исчерпывается понятіе завѣдомости; умыселъ прикосновенныхъ имѣетъ спеціальный характеръ, такъ какъ онъ предполагаетъ наличность сознанія о существованіи преступнаго дѣянія, по поводу коего дѣйствуетъ виновный, а самый вопросъ объ объемѣ и условіяхъ этого сознанія представляется весьма спорнымъ.

Наиболѣе просто рѣшается онъ въ тѣхъ законодательствахъ, которыя смотрятъ на дѣятельность прикосновенныхъ, какъ на самостоятельную преступность, такъ какъ тогда для завѣдомости достаточно только общее знаніе обвиняемыхъ о преступности укрываемаго лица или преступности дѣянія, котораго плодами онъ пользуется: знаніе подробностей дѣянія, его обстановки можетъ вліять на размѣръ наказуемости, но не представляется существеннымъ. Такъ, въ примѣненіи къ нашему праву, по ст. 64 устава о наказ. можетъ быть наказанъ всякій, кто зналъ, что скрываемое имъ лицо обвиняется предъ мировымъ судьею, хотя бы подробности и условія преступнаго дѣянія, учиненнаго этимъ лицомъ, были ему неизвѣстны; точно также для примѣненія ст. 180 устава о наказ. достаточно, чтобы обвиняемый зналъ только, что вещь, которую онъ покупаетъ, краденая, хотя бы подробности и условія покражи купившему были не извѣстны.

Но, очевидно, такое толкованіе не примѣнимо въ тѣхъ случаяхъ, когда прикосновенность разсматривается, подобно нашему уложенію, какъ придаточная совиновность. По этой системѣ, признавая кого либо укрывателемъ, мы наказываемъ его не за укрывательство преступнаго дѣянія вообще, а за укрывательство даннаго опредѣленнаго преступленія. На этомъ основаніи, прикосновенность не мыслима безъ знанія индивидуальныхъ свойствъ даннаго преступнаго дѣянія, относя сюда, конечно, существенныя его условія, а не второстепенныя обстоятельства, такъ какъ знаніе или предвидѣніе послѣднихъ не требуется для вмѣненія преступ-

наго дѣянія даже непосредственно совершившему. Такимъ образомъ, для прикосновенности необходимо знаніе субъекта преступнаго дѣянія, или, если оно совершено соучастниками, по крайней мѣрѣ одного изъ нихъ, знаніе объекта преступленія, хотя бы въ общихъ чертахъ, и знаніе способа и обстоятельствъ совершенія, насколько эти условія входятъ въ число законныхъ признаковъ дѣянія. Въ этомъ смыслѣ наше уложеніе и говоритъ, что, напр., укрывателями признаются тѣ, которые, не принимая никакого участія *въ самомъ содѣяніи* преступленія, только уже послѣ *совершенія онаго* участвовали въ сокрытіи или истребленіи слѣдовъ его.

713. Слѣдовательно, незнаніе обвиняемымъ самого событія преступнаго дѣянія, съ его существенными условіями, исключаетъ возможность признанія его прикосновеннымъ; но какое значеніе имѣетъ неполное или невѣрное знаніе? Можно ли признать укрывательство въ томъ случаѣ, когда лицо, купившее вещь, полагало, что кража, которою она добыта, была учинена со взломомъ, тогда какъ на самомъ дѣлѣ кража оказалась простою, или когда укрывавшій полагалъ, что онъ скрываетъ отравителя, между тѣмъ какъ укрытый имъ убійца совершилъ убійство выстрѣломъ изъ ружья [1]?

Мнѣ казалось бы, что при рѣшеніи этого вопроса должны быть приняты начала, аналогичныя съ указанными выше относительно эксцесса физическихъ виновниковъ.

Такимъ образомъ, если укрыватель полагалъ, что онъ укрываетъ убійцу, а укрытый оказался поджигателемъ, то такое лицо по нашему праву не можетъ почитаться укрывателемъ ни убійства, ни поджога; если укрыватель полагалъ, что онъ скрываетъ квалифицированное преступленіе, а оно оказалось простымъ, то онъ отвѣчаетъ за укрывательство простаго, такъ какъ предполагаемый имъ плюсъ оказался мнимымъ; если, наконецъ, укры-

---

(1) Ср. подробный разборъ этого вопроса въ статьѣ И. Фойницкаго, укрывательство вещей, добытыхъ преступленіемъ, въ суд. вѣст. за 1873 г., №№ 221—223. Онъ полагаетъ, что по нашему праву незнаніе или невѣрное представленіе не только родовыхъ признаковъ главнаго преступленія, но и такихъ изъ видовыхъ, которые выдѣляютъ данный видъ въ особый типъ, исключаетъ возможность прикосновенности.

ватель предполагалъ укрываемое дѣяніе простымъ, а оно оказалось квалифицированнымъ, то укрыватель отвѣчаетъ за укрывательство простаго, такъ какъ въ главномъ дѣяніи заключается и дѣяніе, сознательно скрытое обвиняемымъ, плюсъ извѣстный придатокъ, оставшійся укрывателю неизвѣстнымъ (1).

714. Прикосновенность, хотя бы она и разсматривалась, подобно нашему праву, какъ особая форма виновничества, во всякомъ случаѣ не есть участіе въ главномъ преступномъ дѣяніи. Поэтому дѣйствія прикосновенныхъ считаются выполненными или оконченными независимо отъ окончанія главнаго дѣянія, т. е. съ момента дачи убѣжища, скрытія слѣдовъ, тѣмъ болѣе, что, преимущественно, дѣйствія прикосновенныхъ совершаются послѣ окончанія главнаго дѣйствія. Поэтому и всѣ институты, зависящіе отъ момента совершенія, какъ, напр., давность, установляются для прикосновенныхъ независимо отъ непосредственно виновныхъ (2).

Но такая объективная самостоятельность прикосновенности возбуждаетъ далѣе вопросы о возможности покушенія на такую дѣятельность и о соучастіи въ ней. Въ тѣхъ кодексахъ, которые перенесли эту дѣятельность въ часть особенную, эти вопросы рѣшаются по общимъ правиламъ; но по нашему законодательству эти случаи вызываютъ нѣкоторыя осложненія.

Конечно, покушеніе или приготовленіе на нѣкоторые виды прикосновенности фактически возможно и при такой постановкѣ прикосновенности: обвиняемый пытался скрыть преступника, но не успѣлъ; приготовился скрыть слѣды преступнаго дѣянія, но былъ захваченъ и т. д. Но наказуемы ли эти дѣйствія по нашему праву? Я полагаю, что нѣтъ, такъ какъ прикосновенными признаются не

---

(1) Къ такому толкованію приходитъ, хотя и съ значительными колебаніями, практика нашего сената. Ср. въ особенности тезизы изъ его рѣшеній подъ ст. 180 устава о наказ. моего изданія, а также мой курсъ, III, № 510.

(2) При этомъ, самостоятельно опредѣляется не только моментъ, съ котораго начинается для нихъ теченіе давности, но и самый срокъ давности, въ виду обязательнаго различія въ наказуемости участниковъ и прикосновенныхъ, даже не говоря о недоносителяхъ о совершившемся преступномъ дѣяніи. Такъ, если за главное дѣяніе назначена по закону ссылка на поселеніе, то для попустителей и укрывателей, какъ наказуемыхъ, въ силу закона, по 1 или 2 степени 31 статьи, срокъ давности будетъ восьми, а не десятилѣтній.

всѣ субъекты, сознательно дѣйствующіе по поводу или въ видахъ какого либо преступнаго дѣянія, а только выполнившіе дѣятельность, закономъ указанную; поэтому, напр., сокрытіемъ преступника называется дѣйствительное помѣщеніе преступника въ убѣжище, а не одно приготовленіе таковаго убѣжища(1).

Точно также и соучастіе въ прикосновенности, особенно выполняемое активною дѣятельностью, какъ, напр., укрывательство, фактически вполнѣ возможно: скрыть слѣды преступленія могутъ нѣсколько человѣкъ, игравшихъ притомъ весьма разнообразную роль въ этомъ скрытіи, но, съ точки зрѣнія отвѣтственности, всѣ они подходятъ подъ одну общую группу прикосновенныхъ того или другаго типа.

715. Прикосновенность по уложенію наказуема при всѣхъ дѣяніяхъ, независимо отъ важности и условій главнаго дѣянія. Конечно, съ точки зрѣнія юридической возможности прикосновенности, такая постановка вполнѣ правильна: всякое преступное дѣяніе, включая сюда и неосторожное, допускаетъ возможность укрывательства, недонесенія и даже попустительства; но другой вопросъ, слѣдуетъ ли допустить въ такомъ широкомъ объемѣ наказуемость подобной дѣятельности? И въ этомъ отношеніи система, усвоенная уложеніемъ, представляется невыгодною: можно ли наказывать кого либо за недонесеніе о лицѣ, закурившемъ въ недозволенномъ для того мѣстѣ? Въ этомъ отношеніи уставъ о наказаніяхъ сталъ на болѣе раціональную точку зрѣнія, наказывая прикосновенность въ значительно ограниченномъ объемѣ.

Въ связи съ этимъ находится и постановка въ уложеніи вопроса о размѣрѣ отвѣтственности прикосновенныхъ.

По проекту уголовнаго уложенія 1845 г. (ст. 133 и 134) всѣ прикосновенные, по отношенію къ ихъ наказуемости, распадались на двѣ группы. Къ 1-й относились одни укрыватели, которые наказывались одною степенью ниже противъ пособниковъ не необходимыхъ, а ко 2-й относились всѣ прочіе прикосновенные, для которыхъ

(1) Жиряевъ, ст. 41, указываетъ еще и на то, что попустительство и недонесеніе не допускаютъ покушенія, по своей природѣ, какъ бездѣйствіе.

назначалась самостоятельная наказуемость, а именно: или заключеніе въ крѣпость, или заключеніе въ тюрьму, или арестъ, или денежное взысканіе. Но при окончательной редакціи уложенія въ государственномъ совѣтѣ, въ первую группу изъ второй были перенесены попустители и недоносители о готовящемся преступленіи, а во второй были оставлены только недоносители о совершившемся преступленіи (нынѣ ст. 126), причемъ никакихъ объясненій этой перемѣны въ журналахъ государственнаго совѣта не находится.

Оставляя пока самостоятельную наказуемость второй группы и останавливаясь на первой, я полагаю, что къ ней въ главныхъ чертахъ должны быть примѣнены тѣ же начала, которыя были установлены выше для соучастниковъ.

Такимъ образомъ, мѣра наказуемости прикосновенныхъ должна быть исчисляема по тому наказанію, которое полагается въ данномъ случаѣ за главное преступное дѣяніе по закону, независимо отъ той мѣры отвѣтственности, которую, по различнымъ основаніямъ, понесли въ данномъ случаѣ виновники; поэтому вполнѣ возможно, что прикосновенные будутъ наказаны сильнѣе главныхъ виновныхъ, такъ какъ мѣра отвѣтственности послѣднихъ можетъ зависѣть отъ обстоятельствъ, вліяющихъ на мѣру отвѣтственности каждаго, напр., благодаря признанію ихъ заслуживающими снисхожденія (рѣшеніе сената по дѣлу Шипуновой 1877 г., № 55).

На этомъ основаніи, личныя условія, относящіяся къ соучастникамъ, или особыя ихъ отношенія къ учиненному дѣянію, вліяющія на его наказуемость и преступность, никакого вліянія на отвѣтственность прикосновенныхъ имѣть не должны. Поэтому, согласно позднѣйшей, приведенной выше практикѣ нашего сената (рѣшеніе по дѣлу Саркисова $^{82}/_{40}$), укрывательство или недонесеніе о чисто служебныхъ преступныхъ дѣяніяхъ наказуемы быть не должны.

Иначе, чѣмъ при соучастіи, ставится, по моему мнѣнію, вопросъ о вліяніи на отвѣтственность прикосновенныхъ тѣхъ особыхъ отношеній, въ которыхъ они находятся къ объекту главнаго дѣянія, такъ какъ даже и при той обрисовкѣ, которая дана прикосновенности по нашему праву, мы не должны забывать, что въ дѣйствительности никакой непосредственной связи съ главнымъ дѣяніемъ у прикосновенныхъ не существуетъ. На этомъ

основаніи я полагаю, что укрыватель убійства, оказавшійся сыномъ убитаго, будетъ наказанъ какъ укрыватель простаго убійства.

716. Иное значеніе при наказуемости прикосновенныхъ имѣютъ особыя ихъ отношенія къ виновнику главнаго преступленія, въ особенности отношенія близкаго родства. Этому вопросу уложеніе посвящаетъ особую статью (ст. 128), хотя, къ сожалѣнію, не представляющую особой точности.

По проекту уложенія это правило было поставлено въ соотношеніе съ указаннымъ выше дѣленіемъ прикосновенныхъ по наказуемости на двѣ группы. Для укрывателей, находящихся въ близкихъ отношеніяхъ къ виновнымъ, наказаніе уменьшалось, но не болѣе какъ на одну степень, такъ что они наказывались тремя степенями ниже виновниковъ; изъ прикосновенныхъ второй группы—для попустителей эти отношенія не имѣли никакого вліянія; для недоносителей о готовящемся преступленіи, назначенное имъ по проекту наказаніе смягчалось по усмотрѣнію суда; для недоносителей о совершившемся дѣяніи оно смягчалось еще болѣе, а если такое недонесеніе относилось къ маловажнымъ дѣяніямъ, то виновные и вовсе освобождались отъ наказанія.

Коммисія государственнаго совѣта, какъ видно изъ ея журнала, полагала внести два измѣненія: во 1-хъ, для наиболѣе близкихъ родственниковъ, виновныхъ въ недонесеніи о совершившемся преступномъ дѣяніи, допустить безнаказанность при всѣхъ дѣяніяхъ, за исключеніемъ государственныхъ; во 2-хъ, такое же начало принять и для виновныхъ въ дачѣ убѣжища. Но затѣмъ, сдѣланное государственнымъ совѣтомъ измѣненіе въ размѣщеніи прикосновенныхъ по группамъ въ видахъ ихъ наказуемости осталось съ этою статьею совершенно несогласованнымъ.

Теперь, по ст. 128 уложенія, этотъ вопросъ представляется въ слѣдующемъ видѣ:

1) Недоносители о совершившемся преступномъ дѣяніи: а) близкіе, а именно: родители и дѣти, восходящіе и нисходящіе родственники, супруги, братья и сестры, вовсе освобождаются отъ наказанія; б) отдаленные, а именно: близкіе свойственники до 2-й степени включительно, получившіе отъ виновнаго воспитаніе или

инымъ образомъ имъ облагодѣтельствованные: а) при маловажныхъ дѣяніяхъ вовсе освобождаются отъ наказанія; б) при недонесеніи о дѣяніяхъ, влекущихъ смертную казнь и каторгу, наказываются по ст. 126, но съ уменьшеніемъ наказанія по усмотрѣнію суда.

2) Для недоносителей о преступленіи готовящемся наказаніе, по уложенію, «на семъ же основаніи смягчается, но въ меньшей мѣрѣ». Это положеніе, имѣвшее опредѣленный смыслъ въ проектѣ, теперь допускаетъ двоякое толкованіе: или, основываясь на буквальныхъ его словахъ—«на семъ же основаніи», можно говорить, что и на этихъ лицъ распространяются начала, указанныя выше, относительно недоносителей о совершившемся преступномъ дѣяніи, съ тѣмъ только различіемъ, что, вмѣсто 126 статьи, въ тѣхъ случаяхъ, когда они будутъ наказуемы, къ нимъ примѣняется ст. 125; или же, основываясь на томъ, что и по проекту они ни въ какомъ случаѣ не освобождались отъ отвѣтственности, что государственный совѣтъ не только не предполагалъ установить для нихъ такое снисхожденіе, но, напротивъ того, возвысилъ ихъ отвѣтственность, приравнявъ къ попустителямъ, нужно признать, что они, несмотря ни на какія близкія отношенія къ главнымъ виновнымъ, наказываются по ст. 125, съ уменьшеніемъ отвѣтственности по усмотрѣнію суда, но въ общихъ предѣлахъ судейской власти, т. е. что въ дѣйствительности ст. 128 къ нимъ, такъ же, какъ и къ попустителямъ, не примѣняется. Это послѣднее толкованіе, хотя и болѣе суровое, представляется, повидимому, наиболѣе соотвѣтственнымъ предположеніямъ составителей.

3) Относительно укрывателей ст. 128 говоритъ: «наказанія за укрывательство такъ же и въ той же мѣрѣ уменьшаются или и вовсе отмѣняются»; слѣдовательно, даетъ полную возможность примѣнить ту же систему, какъ и для недоносителей о совершившемся дѣяніи. Но за то здѣсь возбуждается другой вопросъ: ко всѣмъ ли видамъ укрывательства относится это правило? Текстъ статьи говоритъ только о тѣхъ, кто способствовалъ сокрытію преступника; еще опредѣленнѣе выражалась коммисія государственнаго совѣта, говоря о лицахъ, давшихъ убѣжище. Отсюда можно вывести, что ст. 128 ни въ какомъ случаѣ не примѣняется къ укрывателямъ, воспользовавшимся плодами преступленія, какъ

это твердо установлено и практикою нашего сената ([1]). Но можно ли распространить ст. 128 на скрытіе самаго преступнаго дѣянія, его слѣдовъ? Старая наша практика отвѣчала на это отрицательно ([2]).

Такое же толкованіе было усвоено первоначально и практикою уголовнаго кассаціоннаго департамента, въ особенности въ рѣшеніяхъ по дѣламъ Фроловыхъ ($^{69}/_{443}$) и Ивановыхъ ($^{69}/_{1037}$).

Эта практика хотя и опиралась на буквальный текстъ закона, но по существу своему вызывала сомнѣнія. Въ уложеніи подъ общимъ именемъ укрывательства объединены два совершенно различные типа: пользованіе плодами преступленія и укрывательство преступника или слѣдовъ преступленія; оба послѣдніе случаи такъ тѣсно соприкасаются другъ съ другомъ, что различная постановка ихъ наказуемости не представляетъ достаточно основаній. Мало того, иногда выраженіе «сокрытіе преступника» можетъ быть отнесено безъ особыхъ натяжекъ къ уничтоженію слѣдовъ дѣянія, когда именно этимъ путемъ скрывается данное лицо, какъ преступникъ; наконецъ, на практикѣ крайне трудно иногда провести грань, отдѣляющую скрытіе преступника и преступленія, а между тѣмъ отъ этого будетъ зависѣть или безнаказанность, или примѣненіе даже каторги, напр., при убійствѣ. Въ самомъ дѣлѣ, что дѣлаетъ укрыватель, скрывшій убійцу, на которомъ надѣто окровавленное платье, или вора, у котораго въ карманѣ украденная вещь: скрываетъ преступника или слѣды преступленія?

Къ болѣе распространительному толкованію, въ измѣненіе прежней своей практики, присоединился и сенатъ въ рѣшеніи по дѣлу Харова ($^{82}/_{25}$), находя, что отвѣтственность за укрывательство поименованныхъ въ ст. 128 лицъ, все равно, будетъ ли оно заключаться въ сокрытіи слѣдовъ или плодовъ преступленія, или

---

(1) Ср. рядъ рѣшеній сената, приведенныхъ въ моемъ изданіи уложенія подъ ст. 128, тезисъ 3, а въ особенности одно изъ позднѣйшихъ рѣшеній сената по дѣлу Мельницкихъ, 1884 г. № 13.

(2) Ср. Высочайше утвержденное мнѣніе государственнаго совѣта 1 Декабря 1854 г., по дѣлу Бородичевой; ср. также другое любопытное дѣло объ убійствѣ статскаго совѣтника Граверона (дѣло бывшаго II-го отдѣленія, 1851 г., № 53), по коему министерство юстиціи предполагало распространить ст. 128 на всѣ виды укрывательства, а главноуправлявшій II-мъ отдѣленіемъ, графъ Блудовъ, далъ строго ограничительное разъясненіе. Мой курсъ, III, № 515, прим. 464.

же въ дачѣ убѣжища преступнику, или же въ содѣйствіи его побѣгу, должна быть опредѣляема правилами, установленными въ той же статьѣ для отвѣтственности недоносителей, какъ скоро укрыватель способствовалъ только сокрытію преступника, т. е. когда побудительною причиною его дѣйствій была не корысть или какая либо другая преступная цѣль, а лишь отвлеченіе подозрѣній отъ близкаго ему лица, или же сокрытіе его отъ правосудія [1].

4) Наконецъ, на отвѣтственность попустителей ст. 128 никакого вліянія не имѣетъ.

Однако, относительно всѣхъ прикосновенныхъ, ст. 128 знаетъ одно исключеніе: сила ея не распространяется на виновныхъ въ недонесеніи или укрывательствѣ по преступленіямъ государственнымъ, ст. 241, 244, 249 и 251 предусмотрѣннымъ, хотя такое ограниченіе не можетъ быть защищаемо ни съ теоретической, ни даже съ практической точки зрѣнія. Едва ли найдется судъ, который не пощадилъ бы отца, виновнаго въ томъ, что онъ укрылъ своего преступнаго, но любимаго сына, или жену, не донесшую на мужа, отца ея дѣтей, кормильца семьи, участвовавшаго хотя бы и въ вооруженномъ возстаніи; едва ли найдется судъ, который рѣшится примѣнить къ нимъ, согласно, напр., ст. 242, смертную казнь или даже каторгу.

По воинскому уставу о наказаніяхъ (ст. 74) постановленіе ст. 128 не распространяется на тѣ случаи, когда виновными въ недонесеніи или укрывательствѣ нарушена черезъ то прямая ихъ обязанность по службѣ, а самое преступленіе совершено въ кругѣ ихъ вѣдомства.

Напротивъ того, по уставу о наказаніяхъ, какъ это установлено практикою сената [2], въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 64, ст. 128 примѣняется вполнѣ.

717. Переходя къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ типовъ прикосновенности, я позволю себѣ сгруппировать ихъ нѣсколько иначе,

---

(1) Въ рѣшеніи по дѣлу Грачева ($^{70}/_{47}$) сенатъ замѣтилъ, что отмѣна или смягченіе наказанія не имѣетъ мѣста, какъ скоро виновный оказался виновнымъ въ укрывательствѣ не только родственника, но и посторонняго лица; но въ виду новой его практики, направленной къ расширенію примѣненія ст. 128, этотъ взглядъ едва ли будетъ сохраненъ сенатомъ.

(2) Ср. въ моемъ изданіи уложенія тезисъ 12 подъ ст. 128.

чѣмъ дѣлаетъ уложеніе, а именно, распредѣлю ихъ, по типическимъ свойствамъ дѣятельности, на четыре группы: 1) попустители и недоносители о готовящемся преступномъ дѣяніи; 2) укрыватели преступника и преступленія; 3) воспользовавшіеся плодами преступнаго дѣянія; 4) недонесшіе о совершившемся преступномъ дѣяніи.

Попустителями по ст. 14 признаются тѣ, которые, имѣвъ власть и возможность предупредить преступленіе, съ намѣреніемъ или, по крайней мѣрѣ, завѣдомо, допустили содѣяніе онаго; а недоносителями (по ст. 15 и 125)—тѣ, которые, имѣвъ возможность довести о извѣстномъ имъ замышляемомъ преступленіи до свѣдѣнія правительства или угрожаемаго онымъ лица, не исполнили сей обязанности. Такимъ образомъ, оба вида подходятъ подъ понятіе невоспрепятствованія учиненію преступленія, подъ понятіе преступнаго бездѣйствія, отличаясь между собою, главнымъ образомъ, объективною стороною [1].

Оба эти типа прикосновенныхъ предполагаютъ, что прикосновенный не только не принималъ участія въ дѣяніи, но и не обѣщалъ таковаго, а съ другой стороны, что онъ дѣйствовалъ завѣдомо, т. е. сознавалъ, что готовится совершиться или совершается преступное дѣяніе. Такое знаніе можетъ зависѣть отъ присутствованія на мѣстѣ учиненія дѣянія или можетъ быть получено какимъ либо инымъ путемъ. Поэтому, напр., можетъ быть признанъ виновнымъ въ попустительствѣ или недонесеніи тотъ, кто, видя, что воръ залѣзъ къ другому въ карманъ, не дѣлаетъ ничего, чтобы остановить вора, или смотритель тюрьмы, который, получивъ извѣстіе о предполагаемомъ побѣгѣ арестантовъ, не принялъ никакихъ мѣръ для его предотвращенія. Съ другой стороны, виновный долженъ знать о готовящемся данномъ, опредѣленномъ дѣяніи; одно сомнѣніе въ преступномъ характерѣ

(1) Ср. литературныя указанія по этому вопросу въ моемъ курсѣ, III, № 517, пр. 473. Нельзя не замѣтить, что по дѣлу Асанъ-Бекиръ-Оглы ($^{75}/_{62}$) и сенатъ призналъ, что недонесеніе объ умышляемомъ преступленіи есть одинъ изъ видовъ попустительства. Кромѣ того, по нашему праву, попустителемъ можетъ быть только лицо, не предупредившее самое преступное дѣяніе, а не его результаты; на этомъ основаніи человѣкъ, нашедшій раненаго, истекающаго кровью и не сдѣлавшій ему перевязки, не будетъ попустителемъ. Еще менѣе можно говорить о попустительствѣ вредоносныхъ дѣяній, проистекающихъ не отъ злой воли человѣка.

того, что готовится, одно знаніе наклонностей, убѣжденій, плановъ и предположеній, недостаточно для признанія знавшаго попустителемъ или недоносителемъ, хотя бы подозрѣваемый и совершилъ потомъ что либо преступное.

Для отвѣтственности безразлично, бездѣйствовалъ ли виновный потому, что онъ самъ сочувствовалъ предположенному, или же потому, что относился къ нему безразлично, не желалъ потревожить себя, навлечь хлопоты и т. д.

Попустительство и недонесеніе, конечно, предполагаютъ возможность предупредить преступное дѣяніе, и притомъ не только объективно, но и завѣдомо для прикосновеннаго. Какъ скоро обвиняемый ошибочно или вѣрно предполагалъ, что у него нѣтъ достаточно силъ или средствъ для предупрежденія дѣянія, или что его заявленіе будетъ безполезно, несвоевременно, то, если добросовѣстность его ссылки будетъ доказана, онъ не можетъ быть наказанъ ни за попустительство, ни за недонесеніе.

Со стороны объективной, попустители, какъ говоритъ уложеніе, должны имѣть власть или возможность предупредить преступленіе. Такимъ образомъ, попустителемъ можетъ быть или лицо, занимающее такое общественное или государственное положеніе, при коемъ оно можетъ, въ виду извѣстнаго ему готовящагося преступленія, сдѣлать необходимыя распоряженія, принять мѣры для его предотвращенія, поставить часовыхъ, установить предохранительные знаки и т. д., или лицо, находящееся въ такихъ отношеніяхъ къ преступнику, при которыхъ достаточно одного его слова, требованія, чтобы задуманное не осуществилось, какъ, напр., при отношеніяхъ отца къ сыну, начальника къ подчиненному, или же, наконецъ, тотъ, кто имѣлъ физическую возможность остановить преступленіе, употребивъ силу или даже просто заявивъ преступнику о своемъ присутствіи, позвавъ на помощь постороннихъ лицъ и т. д.

Что касается недонесенія, то оно предполагаетъ спеціальную форму невмѣшательства, а именно, незаявленіе о готовящемся преступномъ дѣяніи тому лицу, противъ коего оно было задумано, или правительству, т. е. такому органу власти, который компетентенъ къ принятію какихъ нибудь предупредительныхъ мѣръ.

*

И при попустительствѣ, и при недонесеніи, отвѣтственность не можетъ имѣть мѣста, какъ скоро вмѣшательство въ какой бы то ни было формѣ было или физически невозможно, или было соединено съ опасностью, подходящею подъ понятіе крайней необходимости. Попустительство и недонесеніе наказываются по уложенію одною степенью ниже противъ пособниковъ ненеобходимыхъ; но въ особенной части уложенія мы встрѣчаемъ рядъ отдѣльныхъ статей, въ коихъ не только наказуемость, но иногда и конструкція этихъ типовъ представляется иною. Таковы, напр., случаи, предусмотрѣнные статьями 192, 247, 248, 289, 342, 405, 446 улож. и др.

718. Въ тѣхъ законодательствахъ, которыя перенесли прикосновенность въ особенную часть, постановка разбираемыхъ типовъ представляется различною. Между тѣмъ какъ недонесеніе о нѣкоторыхъ важнѣйшихъ преступныхъ дѣяніяхъ наказуемо и по многимъ новымъ кодексамъ, напр., германскому (§ 139) и голландскому (ст. 135 — 137), попустительство во всѣхъ кодексахъ, за исключеніемъ проекта австрійскаго уложенія, наказуемо только при томъ условіи, когда на виновномъ, въ силу его особаго положенія, лежитъ спеціальная обязанность предупреждать опасность, созданную человѣкомъ или даже силами природы.

Основаніе такой постановки вопроса заключается, съ одной стороны, въ томъ, что доктрина, а за нею и законъ, какъ было указано выше, допускаютъ отвѣтственность за невмѣшательство только въ томъ случаѣ, когда оно стоитъ въ причинномъ отношеніи къ вреду, составляя особую форму обыкновеннаго виновничества, а съ другой потому, что признаніе всѣхъ другихъ случаевъ невмѣшательства, не находящихся въ причинномъ отношеніи къ наступившему вреду, самостоятельнымъ полицейскимъ проступкомъ, представляется практически невыгоднымъ, такъ какъ при такой постановкѣ пришлось бы наказывать непредотвращеніе всякаго вреда, грозящаго, напр., отъ усмотрѣнной кѣмъ либо сильно надтреснувшей штукатурки, отъ образовавшейся на переходѣ чрезъ рѣку полыньи и т. д. Самое свойство мѣръ, которыя долженъ былъ бы принять въ этихъ случаяхъ усмотрѣвшій опасность, чтобы

не сдѣлаться попустителемъ, было бы крайне неопредѣленно. Наложеніе такой обязанности на каждаго, не занимающаго никакого особаго поста въ государствѣ, представлялось бы слишкомъ тяжкимъ бременемъ (¹).

719. Вторую группу составляютъ укрыватели преступленія и преступника. Уложеніе опредѣляетъ ихъ такъ: тѣ, которые, не имѣвъ никакого участія въ самомъ совершеніи преступленія, только по совершеніи уже онаго завѣдомо участвовали въ сокрытіи или истребленіи слѣдовъ его, или же въ сокрытіи самихъ преступниковъ, причемъ оба эти вида сливаются въ одномъ общемъ понятіи дѣятельности, направленной къ укрытію виновнаго отъ рукъ правосудія (²).

Конечно, и при этомъ необходимо, чтобы виновный не принималъ никакого участія въ преступленіи и дѣйствовалъ завѣдомо, причемъ уложеніе не придаетъ никакого особаго значенія мотивамъ укрывательства. По отношенію къ внѣшней сторонѣ, законъ, только въ видѣ примѣра называетъ нѣкоторые виды сокрытія, но не перечисляетъ ихъ. Такимъ образомъ, подъ понятіе укрывательства преступника можно подводить: спрятаніе преступника, содѣйствіе ему въ измѣненіи внѣшняго вида, окраску волосъ, перемѣну костюма, доставленіе средствъ къ побѣгу, снабженіе паспортомъ и т. д., однимъ словомъ, все то, въ силу чего виновный на долгое или даже на короткое время, напр., на время обыска, былъ укрытъ или долженствовалъ быть укрытымъ отъ органа власти, причемъ, однако, эта дѣятельность должна имѣть физическій характеръ: содѣйствіе иными пріемами и способами такому скрытію виновнаго отъ правосудія подъ

(¹) За ненаказуемость попустительства въ томъ объемѣ, какой приданъ ему нашимъ уложеніемъ, высказалось большинство нашихъ криминалистовъ—В. Спасовичъ, стр. 165; А. Лохвицкій, стр. 169; Н. Неклюдовъ, конспектъ, § 38; Кистяковскій, № 329.

(²) Такимъ образомъ, этотъ типъ укрывательства представляется, напр., уже понятія Begünstigung по германскому праву, такъ какъ подъ него не подходитъ, напр., содѣйствіе обезпеченію за виновнымъ выгодъ, доставленныхъ ему преступнымъ дѣяніемъ.

понятіе укрывательства подводимо быть не должно (1). Скрытіе же слѣдовъ преступленія предполагаетъ также уничтоженіе, измѣненіе или временное устраненіе отъ рукъ правосудія всѣхъ тѣхъ внѣшнихъ, матеріальныхъ предметовъ, которые свидѣтельствуютъ о совершившемся событіи, или могутъ служить къ изобличенію преступника. Таковы, напр., случаи замытія крови, увоза трупа жертвы, зарытіе платья убитаго лица и т. п.

Укрывательство предполагаетъ, что укрыватель совершилъ дѣйствіе, направленное къ скрытію преступника или преступленія, хотя бы его попытка въ результатѣ оказалась безплодною и виновный былъ найденъ.

При этомъ, по нашему уложенію, укрывательство обоихъ типовъ возможно при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, безотносительно къ ихъ важности.

Укрыватели наказываются одною степенью ниже противъ пособниковъ не существенныхъ; но въ особенной части уложеніе знаетъ рядъ особыхъ случаевъ укрывательства, наказывая притомъ виновныхъ, или, не смотря на спеціальную обрисовку учиненныхъ ими дѣяній, какъ укрывателей (напр. ст. 406, 422, 447, 452, 1236 и др.), или образуя изъ нихъ совершенно самостоятельные типы, какъ, напр., укрывательство военныхъ бѣглыхъ, или бѣглыхъ арестантовъ, освобожденіе арестантовъ, препятствованіе ихъ поимкѣ, нѣкоторые виды лжесвидѣтельства, неправосудіе по дѣламъ уголовнымъ, пристанодержательство и пр.

Это разнообразіе самостоятельныхъ преступныхъ видовъ укрывательства съ полною наглядностью свидѣтельствуетъ о правильности перенесенія всего ученія объ укрывательствѣ въ особенную

---

(1) Особенно широко обрисовывается дѣятельность укрывателя въ германскомъ кодексѣ (§ 139)—«оказаніе содѣйствія для избѣжанія уголовной отвѣтственности»; поэтому судебная практика нѣмецкая и комментаторы относятъ сюда, напр., принятіе на себя преступнаго дѣянія, учиненнаго другимъ лицомъ, отбытіе наказанія подъ именемъ дѣйствительно приговореннаго (рѣшеніе Reichsgericht'а 11 Іюня 1883 г.), взносъ за кого либо денежнаго взысканія, даже приведеніе завѣдомо ложныхъ фактовъ въ просьбѣ о помилованіи. Ср. по этому вопросу мой курсъ, III, № 522.

часть и образованія изъ случаевъ этого рода особой группы посягательствъ на правильное отправленіе правосудія.

Отправленіе карающаго правосудія составляетъ одну изъ важнѣйшихъ функцій правительственной дѣятельности и въ видахъ ея успѣшнаго совершенія, государство: во 1-хъ, налагаетъ на гражданъ рядъ болѣе или менѣе важныхъ обязанностей содѣйствовать правосудію, какова, напр., обязанность быть свидѣтелемъ, экспертомъ, доносить объ извѣстныхъ преступныхъ дѣяніяхъ и т. п., и, во 2-хъ, воспрещаетъ всякое препятствованіе успѣшному дѣйствію правосудія. Нарушеніе этой спеціальной обязанности и составляетъ содержаніе укрывательства, которое, такимъ образомъ, обнимаетъ дѣйствія, направленныя къ уничтоженію возможности или къ затрудненію раскрытія преступленія или изобличенія преступника.

720. Къ третьей группѣ относятся лица, пользовавшіяся или участвовавшія въ пользованіи вещами, добытыми преступленіемъ. Уложеніе опредѣляетъ ихъ такъ: «тѣ, кои завѣдомо взяли къ себѣ, или приняли на сбереженіе, или же передали или продали другимъ похищенныя или отнятыя у кого либо или инымъ образомъ добытыя вещи». Затѣмъ, въ особенной части уложенія и устава цѣлый рядъ случаевъ такого пользованія выдѣляется въ самостоятельныя преступныя дѣянія.

Этотъ видъ прикосновенности, какъ и предшествующій, предполагаетъ, что виновный не принималъ никакого участія въ преступномъ дѣяніи, хотя и дѣйствовалъ завѣдомо, зная, что онъ противозаконно пользуется плодами опредѣленнаго преступнаго дѣянія.

При этомъ безразлично, получены ли были вещи непосредственно отъ самаго преступника, или отъ третьихъ лицъ, въ самомъ преступномъ дѣяніи не участвовавшихъ, если только, укрывавшему сдѣлался извѣстнымъ индивидуальный случай, при которомъ добыты эти вещи. Могутъ быть даже случаи, напр., при укрывательствѣ значительныхъ кражъ, когда укрыватель, зная о самомъ дѣяніи, не знаетъ его исполнителей.

Нашъ сенатъ пошелъ еще далѣе и призналъ, въ рѣшеніи по дѣлу Соколовой ($^{69}/_{411}$), укрывателемъ лицо, которое, случайно узнавъ о совершившемся преступномъ дѣяніи, воспользовалось его

плодами; но съ такимъ толкованіемъ едва ли можно согласиться. Если воспользовавшійся вещами, преступно добытыми, ни въ какомъ отношеніи къ учинившимъ это дѣяніе не состоитъ, если онъ нашелъ эти вещи на улицѣ, взялъ въ квартирѣ, гдѣ было совершено убійство и куда онъ зашелъ послѣ преступленія, то онъ не можетъ считаться прикосновеннымъ, а долженъ отвѣчать за учиненное имъ преступное дѣяніе, кражу, присвоеніе найденнаго и т. д.

Изъ обрисовки въ уложеніи объективной стороны этого преступленія можно признать: во 1-хъ, что для наличности этого типа необходимо, чтобы обвиняемый получилъ матеріальную, пріобрѣтенную преступникомъ вещь или участвовалъ въ ея сбытѣ; поэтому извлеченіе какой либо иной выгоды изъ такого дѣянія, хотя бы имѣющей матеріальный характеръ, не подойдетъ подъ понятіе укрывательства: таково, напр., участіе въ пьянствѣ и кутежахъ преступника; во 2-хъ, что дѣятельность виновнаго должна имѣть активный характеръ: одно знаніе и незаявленіе будетъ недонесеніемъ, хотя бы виновный и извлекъ изъ этого матеріальную выгоду; въ 3-хъ, что самый перечень дѣйствій, указанный въ ст. 14, имѣетъ только характеръ примѣровъ: подъ понятіе взятія могутъ быть подводимы всѣ юридическія сдѣлки, въ силу коихъ вещь переходитъ къ укрывателю, каковы, напр., купля, принятіе въ закладъ, въ ссуду, въ даръ и т. п.; то же нужно сказать и о выраженіяхъ «передастъ или продастъ»; передача можетъ быть, напр., отнесена и къ отдачѣ въ закладъ или на сохраненіе.

Для наказуемости прикосновенности этого вида достаточно принятія какого либо участія во взятіи и въ особенности въ сбытѣ вещей. Такимъ образомъ, укрывателемъ должно быть признано лицо, еще только отыскивавшее покупателя или захваченное, напр., въ самый моментъ сбыта, хотя бы самый сбытъ и не состоялся (рѣшеніе по дѣлу Дранка, 1875 г., № 218).

Виновные по уложенію наказываются, какъ и другіе укрыватели, а по уставу о наказ. они отвѣчаютъ: за укрывательство похищенныхъ предметовъ (ст. 172) наравнѣ съ соучастниками, а за укрывательство лѣса, похищеннаго или самовольно срубленнаго, по ст. 159 устава о наказ. (ст. 822 ул.).

721. Но, помимо этихъ правилъ, наше законодательство знаетъ нѣсколько спеціальныхъ постановленій, конструированныхъ совершенно сходно съ разбираемымъ типомъ укрывательства, примѣненіе коихъ стало особенно затруднительнымъ съ измѣненіемъ ихъ редакціи и санкціи по уставу о наказаніяхъ.

Случаи эти спеціально относятся къ завѣдомой куплѣ-продажѣ или закладу имущества, добытаго преступнымъ дѣяніемъ. По уложенію, изд. 1857 г., всѣ эти случаи наказывались какъ участіе или пособничество въ главномъ преступленіи. И нынѣ въ дѣйствующемъ уложеніи остались безъ измѣненія постановленія о продажѣ преступно полученнаго имущества (ст. 1701), о покупкѣ имущества, добытаго насиліемъ (ст. 1702), объ отдачѣ въ закладъ преступно добытаго имущества (ст. 1705 ч. 1) и о принятіи въ закладъ имущества, добытаго насиліемъ (ст. 1705 ч. 2); во всѣхъ этихъ случаяхъ исключается примѣненіе общихъ постановленій о прикосновенности, а виновные наказываются какъ пособники или участники кражи или грабежа и разбоя или мошенничества.

Затѣмъ, въ уставѣ о наказ. появилась ст. 180, на основаніи коей за покупку или принятіе въ закладъ завѣдомо краденаго или полученнаго черезъ обманъ имущества [1], виновные подвергаются аресту не свыше трехъ мѣсяцевъ или денежному взысканію не свыше трехсотъ рублей, и только при обращеніи этой дѣятельности въ ремесло наказываются какъ за кражу.

Редакторы устава не разъяснили, въ какомъ отношеніи, по ихъ предположеніямъ, должна находиться эта статья къ постановленіямъ объ укрывательствѣ, а затѣмъ въ оффиціальномъ указателѣ къ уставу значится, что ст. 180 замѣнила ст. 1686, 1687, часть статьи 2293 и 2297 улож., изд. 1857 г., которыя и были исключены изъ уложенія изданія 1866 г., такъ что эта статья обнимаетъ

---

(1) При этомъ необходимо, чтобы покупаемая или принимаемая въ закладъ вещь не была добыта насиліемъ, или, по крайней мѣрѣ, чтобы объ этомъ насиліи не было извѣстно покупателю; а затѣмъ, безразлично, какъ это установлено практикою сената, какимъ изъ способовъ, указанныхъ въ 4-мъ отдѣлѣ 13 главы устава о наказ., была пріобрѣтена данная вещь, такъ что въ частности ст. 180 примѣняется, если вещь была добыта присвоеніемъ или растратою. Ср. въ моемъ 5-мъ изданіи устава о наказ. подъ статьею 180 тезисы 12 и 13.

не только случаи покупки вещей, преступное полученіе коихъ продавцемъ подозрѣвалъ покупатель, но и покупку вещей, завѣдомо для покупающаго добытыхъ преступленіемъ, за что виновный по уложенію 1857 г. наказывался какъ за участіе въ кражѣ.

На этомъ основаніи, статью 180 можно толковать въ томъ смыслѣ, что она исключаетъ примѣненіе къ указаннымъ въ ней случаямъ общихъ постановленій объ укрывательствѣ; но такое толкованіе, благодаря наказаніямъ, назначеннымъ по ст. 180, вызываетъ рядъ недоразумѣній: почему лицо, принявшее краденую вещь въ даръ, на храненіе, будетъ наказано какъ прикосновенный, а скупщикъ или закладчикъ подвергается maximum тремъ мѣсяцамъ ареста?

Поэтому сенатъ призналъ, что ст. 180 примѣнима только въ томъ случаѣ, когда покупщику не были извѣстны индивидуальныя условія пріобрѣтенія покупаемыхъ имъ вещей; если же покупщикъ зналъ не только о способѣ пріобрѣтенія этихъ вещей, но и о самомъ случаѣ совершившейся кражи, зналъ о лицѣ, у котораго имущество похищено, то онъ долженъ быть признанъ укрывателемъ ([1]).

Пользованіе плодами преступной дѣятельности изъ всѣхъ типовъ прикосновенности имѣетъ наименѣе связи съ главнымъ преступленіемъ, а потому понятно, что даже многіе изъ писателей, относящихъ все ученіе о прикосновенныхъ къ соучастію, какъ изъ нашихъ криминалистовъ Жиряевъ (стр. 132), дѣлаютъ уступку относительно пользованія и относятъ его въ особенную часть, въ группу посягательствъ имущественныхъ.

722. Послѣднюю группу прикосновенныхъ составляютъ недоносители о совершившемся преступленіи. Еще кодексы начала нынѣшняго столѣтія допускали наказуемость такого недонесенія въ весьма широкомъ размѣрѣ; но потомъ объемъ этого дѣянія все болѣе и болѣе уменьшался и новые кодексы ограничиваются только наказуемостью недонесенія со стороны лицъ служащихъ и то при наиболѣе важныхъ преступныхъ дѣяніяхъ.

([1]) Ср. уставъ о наказ. ст. 180, тезисъ 32.

Причиною такого вымиранія является, прежде всего, сознаніе того, что, при современныхъ условіяхъ государственной жизни, нѣтъ необходимости привлеченія всѣхъ гражданъ къ участію въ преслѣдованіи преступниковъ, что эта натуральная повинность представляется слишкомъ тяжелою и что спеціальные органы могутъ вести дѣло открытія преступниковъ и съ несравненно бо́льшимъ успѣхомъ и съ меньшею затратою силъ.

Съ другой стороны, это объясняется существующимъ во всякомъ не отжившемъ еще нравственно обществѣ презрѣніемъ къ доносу и доносчикамъ, которое не должно быть игнорировано законодателемъ. Не надо забывать, что здѣсь дѣло идетъ не о гласномъ обвиненіи преступника, при которомъ обвинитель несетъ и всю тягость послѣдствій легкомысленнаго или недобросовѣстнаго привлеченія кого либо къ отвѣтственности, и даже не о добровольномъ заявленіи органамъ суда о преступленіи, котораго заявившій былъ очевидцемъ или о которомъ онъ имѣетъ несомнѣнныя свѣдѣнія, а о тайномъ доносѣ, *вынуждаемомъ* угрозою наказанія. Обязанность доноса имѣетъ естественнымъ дополненіемъ награду за доносъ, всевозможныя поощренія доносчиковъ. Конечно, несомнѣнно, что такая система можетъ иногда содѣйствовать раскрытію преступленій, борьба съ которыми оказалась не подъ силу спеціальнымъ органамъ, но горе той странѣ, которая обратитъ доносъ въ необходимый элементъ общественной жизни: ради временныхъ выгодъ правительство посѣетъ въ обществѣ сѣмена страшной нравственной заразы, которая или грозитъ вымираніемъ государственнаго организма, или потребуетъ громадныхъ и долгихъ жертвъ на его исцѣленіе (¹).

723. Дѣйствующее уложеніе сохранило на наказуемость доноса взглядъ прежнихъ кодексовъ, но, относя недоносителей къ группѣ прикосновенныхъ, установило, однако, для нихъ, въ ст. 126, совершенно самостоятельную наказуемость.

(¹) Въ западно-европейской литературѣ вопросъ о безнаказанности недонесенія признается окончательно установившимся; изъ нашихъ криминалистовъ за безнаказанность высказываются В. Спасовичъ, А. Лохвицкій, Н. Неклюдовъ; за наказуемость—Жиряевъ и отчасти С. Баршевъ.

Недонесеніе по уложенію наказывается по отношенію ко всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, безотносительно къ ихъ важности; но во всякомъ случаѣ дѣйствіе ст. 126 ограничивается общими судами, такъ что она не можетъ быть примѣняема къ случаямъ недонесенія о проступкахъ, наказуемыхъ по уставу о наказаніяхъ.

Но и по уложенію эта отвѣтственность имѣетъ извѣстные предѣлы. Такъ, отвѣтственность за недонесеніе не можетъ имѣть мѣста по отношенію къ дѣяніямъ уголовно-частнымъ, такъ какъ въ этомъ случаѣ недонесеніе самого пострадавшаго или его представителя будетъ осуществленіемъ его права, а заявленіе или незаявленіе третьихъ лицъ не можетъ имѣть никакого юридическаго значенія, такъ какъ преслѣдованіе можетъ быть возбуждено только по частной жалобѣ.

Далѣе, не могутъ отвѣчать за недонесеніе тѣ лица, которыя вовсе не могутъ являться доносителями или которымъ предоставлено право уклоняться отъ дачи свидѣтельскихъ показаній. Такъ, по ст. 97 зак. о судопр. по дѣл. о преступл. (изд. 1876 г.) запрещается принимать доносы отъ лишенныхъ всѣхъ правъ состоянія (1), по ст. 94 запрещается принимать, въ извѣстныхъ случаяхъ, доносы отъ дѣтей на родителей, отъ приказчика, не сдѣлавшаго разсчета съ хозяиномъ, на хозяина; очевидно, что эти лица не могли быть отвѣтственными за недонесеніе.

Судебные уставы относительно доноса такихъ ограниченій не знаютъ; но за то они знаютъ рядъ лицъ, которыя не допускаются вовсе къ свидѣтельству или могутъ отказаться отъ дачи свидѣтельскихъ показаній. Очевидно, что если для этихъ лицъ не существуетъ обязанности помогать суду въ разслѣдованіи преступленій, то они не могутъ отвѣчать и за недонесеніе, такъ какъ бо́льшее право вмѣщаетъ въ себѣ и меньшее; таковы лица, поименованныя въ пп. 2 и 3 ст. 704, въ предѣлахъ этою статьею указанныхъ (2), а равно и

---

(1) По ст. 588 не только запрещается отъ такихъ лицъ доносы принимать, но постановлено ихъ, какъ безпокойныхъ, за то наказывать.

(2) Хотя ст. 583 зак. о судопр. по дѣл. о прест. и прост. (изд. 1876 г.) и говоритъ, что всякаго состоянія люди обязаны доносить о дѣлахъ, касающихся преступленій государственныхъ, а статьи 585 и 586 не освобождаютъ отъ обязанности доноса и священнослужителей, узнавшихъ о таковомъ замыслѣ на исповѣди, но эти правила не вошли въ уставъ угол. судопр. и потеряли свое значеніе, за силою ст. 704 въ мѣстностяхъ, гдѣ введены судебные уставы.

лица, въ ст. 705 указанныя; но послѣднія, за исключеніемъ преступленій государственныхъ, согласно прямому постановленію послѣдней части ст. 128 уложенія.

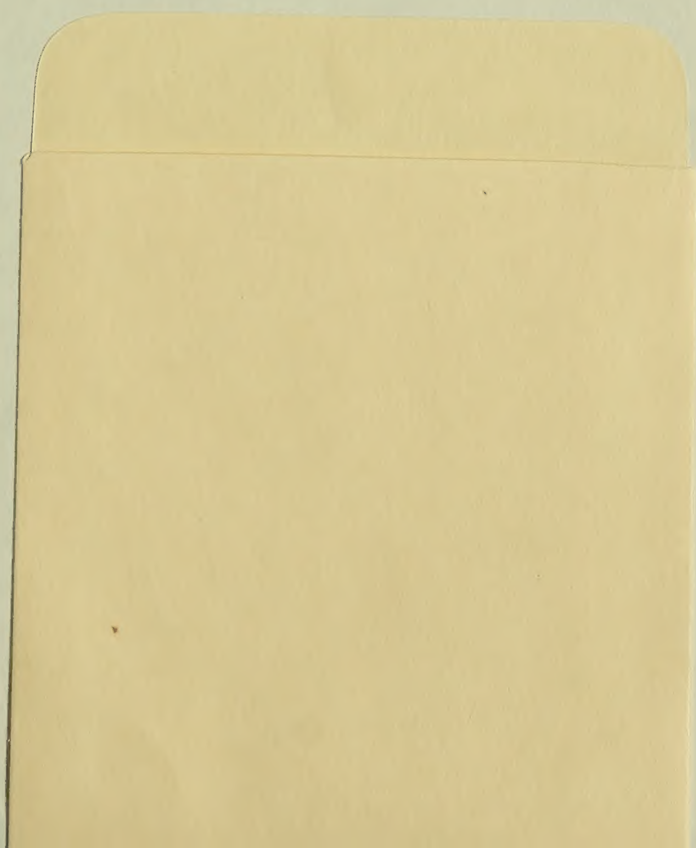
Такъ же, по моему мнѣнію, ст. 126 не должна быть распространяема на недонесеніе о преступныхъ дѣяніяхъ, совершенныхъ надъ недоносителемъ, надъ его личными или имущественными правами. Представимъ себѣ, что кому либо нанесена тяжкая рана или увѣчье, но пострадавшій не заявилъ о преступленіи: можетъ ли прокурорскій надзоръ привлечь къ отвѣтственности вмѣстѣ съ ранившимъ и раненаго за недонесеніе? Обязанъ ли хозяинъ дома, видѣвшій, какъ въ его глазахъ знакомый ему гость стащилъ тайно какую либо его вещь, немедленно заявить о томъ полиціи подъ страхомъ отвѣтственности по ст. 126? Нельзя забывать, что законы уголовные преслѣдуютъ виновныхъ не только въ интересахъ общества, но и въ интересахъ пострадавшихъ лицъ.

Въ тѣхъ же случаяхъ, гдѣ недонесеніе наказуемо, оно предполагаетъ наличность двухъ условій: во 1-хъ, дѣйствительнаго знанія о томъ, что совершилось опредѣленное преступное дѣяніе, такъ какъ общихъ предположеній, сомнѣній въ этомъ отношеніи недостаточно: самъ законъ требуетъ, чтобы доноситель не основывался на слухахъ и подозрѣніяхъ, а приводилъ въ подкрѣпленіе своего доноса фактическія доказательства; во 2-хъ, возможности заявленія безъ опасности для недонесшаго, такъ какъ наличность опасности освобождаетъ его отъ наказанія.

724. Недонесеніе, по ст. 126, облагается или крѣпостью, или тюрьмою, или арестомъ, или денежнымъ штрафомъ, или выговоромъ, замѣчаніемъ или внушеніемъ, причемъ выборъ зависитъ отъ усмотрѣнія суда. Законъ только замѣчаетъ, что, выбирая наказаніе, судъ соображается съ важностью и обстоятельствами дѣла, слѣдовательно, можетъ принять въ разсчетъ и наказуемость того преступнаго дѣянія, о которомъ не донесъ обвиняемый; но судъ не нарушитъ, собственно говоря, закона, если онъ даже назначитъ недоносителю наказаніе болѣе тяжкое, чѣмъ какое полагается за скрытое имъ дѣяніе.

Но законъ, въ ст. 127, указываетъ на обстоятельства, усиливающія наказаніе за недонесеніе для тѣхъ, которые, зная, что обвиненіе въ преступленіи падаетъ на невиннаго, не объявятъ однакожъ объ истинномъ виновномъ; они приговариваются одною степенью выше противъ другихъ, не донесшихъ о виновномъ въ такихъ же преступленіяхъ. Особенность этого постановленія заключается въ его крайне неудачной санкціи. Если дѣйствительно недоносителей было нѣсколько, то исполнить требованіе закона не трудно; но какъ поступитъ судъ, если недоноситель былъ одинъ?

Въ особенной части мы встрѣчаемъ постановленія о недонесеніи съ иною санкціею, и притомъ или по отношенію ко всѣмъ гражданамъ, напр., при религіозныхъ и государственныхъ преступленіяхъ, при поддѣлкѣ монеты и т. д., или же по отношенію къ лицамъ служащимъ. Исключительно къ лицамъ служащимъ нужно отнести и спеціальныя постановленія статьи 73 воинскаго устава о наказаніяхъ.




D02770594Y
Duke University Libraries